

# TE Verg Bescheid 2006/1/20 VKS-3793/05 und VKS-3929/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.01.2006

## Norm

WVRG §1  
WVRG §2  
WVRG §11 Abs2 Z1  
WVRG §13 Abs1  
WVRG §14 Abs1  
WVRG §17 Abs1  
WVRG §20 Abs1 Z1 lita  
WVRG §22 Abs2  
WVRG §23  
WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §2  
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2  
BVergG 2002 §9 Abs1 Z2  
BVergG 2002 §20 Z4 und Z13 lita sublitaa  
BVergG 2002 §21 Abs1  
BVergG 2002 §37  
BVergG 2002 §52 bis 57 sowie AVG §74 in Verbindung mit WVRG §30  
WStV §72a  
BlutsicherheitsG §8  
EGV Art.28

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über den Antrag des Österreichischen \*\*\*, vertreten durch Dorda Brugger Jordis, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe des Auftrages zur Belieferung der Spitäler des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit humanen leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentraten, Ausschreibungsnummer Nr. KAV-AEG/001-05/EK, durch den Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Direktion der Teilunternehmung Krankenanstalten der Stadt Wien, Ressort Pharmazie und Medizinprodukte, Schottenring 24, 1010 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag des Antragstellers zur Zl. VKS - 3793/05 die Ausschreibung der Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag der Antragstellerin zur Zl. VKS - 3929/05 die rechtswidrige Berichtigung der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 als sonstige Festlegung der Antragsgegnerin während der Angebotsfrist für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

3. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 2.12.2005, verlängert mit Bescheid vom 31.1.2006, wird aufgehoben.

4. 4.Ziffer 4

Die Anträge der Antragstellerin in den zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Verfahren VKS - 3793/05 und VKS - 3929/05 der Antragsgegnerin die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zum Ersatz aufzuerlegen, werden abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1, 2, 11 Abs. 2 Z. 1, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. a, 22 Abs. 2, 23, 30 WVRG in Verbindung mit §§ 2, 7 Abs. 1 Z. 2, 9 Abs. 1 Z 2, 20 Z 4 und Z 13 lit. a sublit aa, 21 Abs. 1, 37, 52 bis 57 BVergG 2002 sowie §§ 74 AVG in Verbindung mit § 30 WVRG, § 72 a WStV, § 8 BlutsicherheitsG und Art. 28 EGV.Paragraphen eins, 2, 11, Absatz 2, Ziffer eins, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a,, 22 Absatz 2, 23, 30, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 2, 7, Absatz eins, Ziffer 2, 9, Absatz eins, Ziffer 2, 20, Ziffer 4 und Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 21 Absatz eins, 37, 52 bis 57 BVergG 2002 sowie Paragraphen 74, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, WVRG, Paragraph 72, a WStV, Paragraph 8, BlutsicherheitsG und Artikel 28, EGV.

Begründung:

Die Antragsgegnerin führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages. Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung ist die Belieferung der Spitäler des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit humanen leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentraten (im folgenden kurz EK bezeichnet). Die Antragsgegnerin hat zunächst eine Vorinformation im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 14.6.2005 unter der Nummer 2005/S-113-11906 veröffentlicht. Die Bekanntmachung des Lieferauftrages erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10.11.2005 unter der Nummer 2005/S-216-213178. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 9.12.2005, es wurde von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 1.12.2005 bis 31.1.2006, 9.30 Uhr, verlängert.

Gegen diese Ausschreibung richtet sich der am 25.11.2005 eingelangte und damit rechtzeitige (§ 20 Abs. 1 Z. 1 lit. a WVRG) Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (siehe Verbesserung mit Schriftsatz des Antragstellers vom 25.11.2005), Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin führt darin im wesentlichen aus, dass die Festelegungen in der Ausschreibung grob benachteiligend, willkürlich und überdies irreführend und in sich widersprüchlich wären. Die Antragsgegnerin habe auch die gesetzlichen Bekanntmachungsvorschriften nach § 44 Abs. 2 BVergG in Verbindung mit § 1 Publikationsmedium-VO im Internet verletzt, weil die Bekanntmachung in der für den Bereich der Antragsgegnerin geltenden Internetadresse nicht erfolgt sei. Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen sachgerechte Anforderungen an die Eignung der Bieter nicht festgelegt habe. So habe die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen nicht angegeben, welche konkreten Mindestanforderungen der Bieter als zu erfüllende Eignungsanforderungen nachzuweisen habe. Es wäre also nicht bloß nach der Zahl der Dienstnehmer zu fragen, sondern gleichzeitig festzulegen, wie viele Dienstnehmer ein Bieter haben müsse, um den Auftrag bewältigen zu können.Gegen diese Ausschreibung richtet sich der am 25.11.2005 eingelangte und damit rechtzeitige (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, WVRG) Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (siehe Verbesserung mit Schriftsatz des Antragstellers vom 25.11.2005), Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin führt darin im wesentlichen aus, dass die Festelegungen in der Ausschreibung grob benachteiligend, willkürlich und überdies irreführend und in sich widersprüchlich wären. Die Antragsgegnerin habe auch die gesetzlichen Bekanntmachungsvorschriften nach Paragraph 44, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, Publikationsmedium-VO im Internet verletzt, weil die Bekanntmachung in der für den Bereich der Antragsgegnerin geltenden Internetadresse nicht erfolgt sei. Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen sachgerechte

Anforderungen an die Eignung der Bieter nicht festgelegt habe. So habe die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen nicht angegeben, welche konkreten Mindestanforderungen der Bieter als zu erfüllende Eignungsanforderungen nachzuweisen habe. Es wäre also nicht bloß nach der Zahl der Dienstnehmer zu fragen, sondern gleichzeitig festzulegen, wie viele Dienstnehmer ein Bieter haben müsse, um den Auftrag bewältigen zu können.

Ebenso sei es vergleichsweise sinnlos, bloß nach der Kapitalausstattung zu fragen, ohne auch festzulegen, wie gut diese mindestens sein müsse. Die Antragsgegnerin hätte daher den Mindestumsatz festzulegen gehabt, den ein Bieter gehabt haben müsse, um für den gegenständlichen Auftrag groß genug zu sein. Nach der Ausschreibung werde zwar auch die gleichzeitige Belieferung aller Krankenhäuser der Antragsgegnerin verlangt, „sogar auch bei Blaulichtanforderungen“, ohne dass die Antragsgegnerin jedoch die technische Ausrüstung der Bieter abfrage. So werde ein Bieter, der bloß zwei Lieferwägen und eine Hand voll Mitarbeiter habe, günstiger anbieten können, weil er kaum Fixkosten habe. Ohne einen der Größe des Auftrages und seiner Wichtigkeit für die Versorgungssicherheit entsprechenden Personalstand und Fuhrpark könne er aber den Auftrag nicht erfüllen. Mit den Zusatzkosten, die, ohne durch den Preis gedeckt zu sein, anfallen würden, laufe dieser Bieter, sofern er sich erst im Auftragsfall entsprechend ausstattet, Gefahr in Konkurs zu verfallen, womit für den Auftraggeber das Risiko des Ausfalles des Auftragnehmers gegeben sei und damit die Versorgungssicherheit nicht mehr gewährleistet werden könnte. Durch diese Vorgaben wären solche Bieter, die über die für die Auftragserfüllung erforderliche technische Ausstattung im Sinne des § 57 BVergG verfügen würden, diskriminiert, weil sie – um die Kosten der Auftragserbringung decken zu können – nicht in der Lage wären, genauso billig anzubieten. Weiters wäre es bei einem Auftrag im Bereich der Gesundheitsversorgung und der Versorgungssicherheit Voraussetzung gewesen, entsprechende Referenzaufträge in den vergangenen drei Jahren zu verlangen. Für den den Gegenstand des Vergabeverfahrens bildenden Auftrag kämen aus sachlichen Gründen – nämlich aufgrund des Liefervolumens und der Lieferbedingungen sowie aus Sorge um die Sicherheit der Bevölkerung – kleine, unerfahrene und technisch gering ausgestattete Unternehmer nicht in Betracht. Durch die diesbezügliche Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen nehme sich die Antragsgegnerin selbst die Möglichkeit, Unternehmer auszuschneiden, die für den Auftrag mangels ausreichender technischer und finanzieller, bzw. wirtschaftlicher Ausstattung nicht in Betracht kämen, weil die Ausschreibung hinsichtlich der Eignung der Bieter viel zu offen gehalten sei. Es habe Auswirkungen auf die Preisgestaltung, dass Bieter, wie insbesondere die Antragstellerin, die über die erforderlichen Ressourcen verfügten, diese selbstverständlich aber auch zu finanzieren haben. Sie müssten bei der Kalkulation nicht nur die variablen Kosten der Auftragserbringung, sondern selbstverständlich auch ihre Fixkosten berücksichtigen und seien daher bei einer Billigstbieterausschreibung wie der vorliegenden benachteiligt. Die Ausschreibung sei daher nicht sachgerecht und diskriminierend. Ebenso sei es vergleichsweise sinnlos, bloß nach der Kapitalausstattung zu fragen, ohne auch festzulegen, wie gut diese mindestens sein müsse. Die Antragsgegnerin hätte daher den Mindestumsatz festzulegen gehabt, den ein Bieter gehabt haben müsse, um für den gegenständlichen Auftrag groß genug zu sein. Nach der Ausschreibung werde zwar auch die gleichzeitige Belieferung aller Krankenhäuser der Antragsgegnerin verlangt, „sogar auch bei Blaulichtanforderungen“, ohne dass die Antragsgegnerin jedoch die technische Ausrüstung der Bieter abfrage. So werde ein Bieter, der bloß zwei Lieferwägen und eine Hand voll Mitarbeiter habe, günstiger anbieten können, weil er kaum Fixkosten habe. Ohne einen der Größe des Auftrages und seiner Wichtigkeit für die Versorgungssicherheit entsprechenden Personalstand und Fuhrpark könne er aber den Auftrag nicht erfüllen. Mit den Zusatzkosten, die, ohne durch den Preis gedeckt zu sein, anfallen würden, laufe dieser Bieter, sofern er sich erst im Auftragsfall entsprechend ausstattet, Gefahr in Konkurs zu verfallen, womit für den Auftraggeber das Risiko des Ausfalles des Auftragnehmers gegeben sei und damit die Versorgungssicherheit nicht mehr gewährleistet werden könnte. Durch diese Vorgaben wären solche Bieter, die über die für die Auftragserfüllung erforderliche technische Ausstattung im Sinne des Paragraph 57, BVergG verfügen würden, diskriminiert, weil sie – um die Kosten der Auftragserbringung decken zu können – nicht in der Lage wären, genauso billig anzubieten. Weiters wäre es bei einem Auftrag im Bereich der Gesundheitsversorgung und der Versorgungssicherheit Voraussetzung gewesen, entsprechende Referenzaufträge in den vergangenen drei Jahren zu verlangen. Für den den Gegenstand des Vergabeverfahrens bildenden Auftrag kämen aus sachlichen Gründen – nämlich aufgrund des Liefervolumens und der Lieferbedingungen sowie aus Sorge um die Sicherheit der Bevölkerung – kleine, unerfahrene und technisch gering ausgestattete Unternehmer nicht in Betracht. Durch die diesbezügliche Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen nehme sich die Antragsgegnerin selbst die Möglichkeit, Unternehmer auszuschneiden, die für den Auftrag mangels ausreichender technischer und finanzieller, bzw. wirtschaftlicher

Ausstattung nicht in Betracht kämen, weil die Ausschreibung hinsichtlich der Eignung der Bieter viel zu offen gehalten sei. Es habe Auswirkungen auf die Preisgestaltung, dass Bieter, wie insbesondere die Antragstellerin, die über die erforderlichen Ressourcen verfügten, diese selbstverständlich aber auch zu finanzieren haben. Sie müssten bei der Kalkulation nicht nur die variablen Kosten der Auftragserbringung, sondern selbstverständlich auch ihre Fixkosten berücksichtigen und seien daher bei einer Billigstbieterausschreibung wie der vorliegenden benachteiligt. Die Ausschreibung sei daher nicht sachgerecht und diskriminierend.

Weiters verstoße die Antragsgegnerin gegen das Recht auf Festlegung sachgerechter Anforderungen an den Leistungsgegenstand und auf Nichtfestlegungen von Anforderungen an die ausgeschriebenen Blutprodukte, die nicht erfüllbar, bzw. aus medizinischer Sicht verfehlend und kontraproduktiv wären. So sei das Erfordernis der Sterilität und Pyrogenfreiheit der EK gemäß Punkt 2.4.7 der Ausschreibungsunterlagen nicht sachgerecht. Nach dieser Anforderung müssten die EK steril, also keimfrei sein. Blut sei aber nicht steril; um dies zu erreichen, müsste das Blut einem chemisch-physikalischen Verfahren unterzogen werden, womit die Zellen zerstört würden, weil dies nach dem derzeitigen Stand der Technik nicht anders möglich sei. Die Anforderung sei daher „schlicht unerfüllbar“. Das Erfordernis eines Restplasmaanteils von kleiner als 10 ml gemäß Punkt 2.4.8 der Ausschreibungsunterlagen sei nicht erfüllbar. Die Ausschreibung nehme auf die Richtlinien in der Blutgruppenserologie und Transfusionsmedizin Bezug. Nach diesen Richtlinien werde ein Restplasmaanteil von kleiner als 10 ml nicht gefordert. Technisch machbar wäre, je nach verwendeter Methode, bei dem angegebenen Volumen ein Restplasmaanteil von 20-40 ml. Ein besserer Wert werde von keiner Richtlinie oder sonstigen Vorschrift gefordert.

Nach den Ausschreibungsunterlagen sollen EK mit irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen mit dem fünffachen Einheitspreis eines Standard-Erythrozytenkonzentrates für jedes EK mit irregulären Antikörperkonstellationen abgegolten werden. Die Festelegung stünde in einem Widerspruch zur Tabelle Punkt 2.3.3 wonach irreguläre erythrozytäre Antikörper negativ im Coombstest, sprich: nicht vorhanden sein müssen. Es bilde einen Widerspruch, der ohne Änderung der Ausschreibung nicht zu beseitigen sei. Bei dem in Punkt 7 auf Seite 28 der Ausschreibung beschriebenen Produkten handle es sich eigentlich um Abfall, der gerade nicht zur Verwendung gelangen dürfe. Da die Antragsgegnerin dafür dennoch das fünffache zahlen würde, zeige dies einmal mehr, dass die Ausschreibung nicht sachgerecht sei und somit für nichtig zu erklären wäre. Weiters werde in Punkt 2.2 festgelegt, welchen gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Richtlinien die gelieferten Produkte entsprechen müssten. Unter Ziffer 5 verlange die Antragsgegnerin, dass das zur Gewinnung der EK verwendete Blut aus „unbezahlt gewonnen Spenden stammen“ müsse. Damit beziehe sich die Antragsgegnerin auf das Blutsicherheitsgesetz. Nach § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz habe bei Blutspenden für Produkte zur direkten Transfusion die Spende gänzlich unbezahlt zu erfolgen. Aus dem Gesetzesmaterialien dazu ergebe sich, dass in diesem Fall nicht einmal Aufwandsentschädigungen an den Spender gezahlt werden dürften, solche kämen nur in den im § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz ausdrücklich genannten Fällen in Betracht. Nach den Ausschreibungsunterlagen sollen EK mit irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen mit dem fünffachen Einheitspreis eines Standard-Erythrozytenkonzentrates für jedes EK mit irregulären Antikörperkonstellationen abgegolten werden. Die Festelegung stünde in einem Widerspruch zur Tabelle Punkt 2.3.3 wonach irreguläre erythrozytäre Antikörper negativ im Coombstest, sprich: nicht vorhanden sein müssen. Es bilde einen Widerspruch, der ohne Änderung der Ausschreibung nicht zu beseitigen sei. Bei dem in Punkt 7 auf Seite 28 der Ausschreibung beschriebenen Produkten handle es sich eigentlich um Abfall, der gerade nicht zur Verwendung gelangen dürfe. Da die Antragsgegnerin dafür dennoch das fünffache zahlen würde, zeige dies einmal mehr, dass die Ausschreibung nicht sachgerecht sei und somit für nichtig zu erklären wäre. Weiters werde in Punkt 2.2 festgelegt, welchen gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Richtlinien die gelieferten Produkte entsprechen müssten. Unter Ziffer 5, verlange die Antragsgegnerin, dass das zur Gewinnung der EK verwendete Blut aus „unbezahlt gewonnen Spenden stammen“ müsse. Damit beziehe sich die Antragsgegnerin auf das Blutsicherheitsgesetz. Nach Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz habe bei Blutspenden für Produkte zur direkten Transfusion die Spende gänzlich unbezahlt zu erfolgen. Aus dem Gesetzesmaterialien dazu ergebe sich, dass in diesem Fall nicht einmal Aufwandsentschädigungen an den Spender gezahlt werden dürften, solche kämen nur in den im Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz ausdrücklich genannten Fällen in Betracht.

Auch wenn die Antragsgegnerin in der Ausschreibung den expliziten Hinweis auf das Blutsicherheitsgesetz unterlassen habe, folge aus der allgemeinen Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften, dass sie in Österreich nur solche EK verwenden dürfe, die aus unbezahlt gewonnen Spenden

stammten, für die auch keine Aufwandsentschädigung bezahlt wurden. Die Ausschreibung erwecke den Eindruck, die Antragsgegnerin würde auch Produkte aus zwar unbezahlten (also nicht gegen Entgelt geleisteten) Blutspenden akzeptieren, für die aber eine Aufwandsentschädigung geleistet wurde, die also nicht „gänzlich unbezahlt“ im Sinne des § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz erlangt wurden. Der Unterschied sei nicht ein bloß formaler, sondern ein ganz wesentlich qualitativer. Die Antragstellerin erachte sich durch diese Ausschreibungsfestlegung, soweit sie Blutspenden zulasse, für die Aufwandsentschädigungen bezahlt wurden, diskriminiert. Daraus gewonnenen EK seien in der Regel billiger. Es sei nicht unwahrscheinlich, dass Bieter sich um den Auftrag bewerben, für deren Produkte Blut aus Blutspenden gegen Aufwandsentschädigung verwendet wurde. Dies sei in Deutschland nämlich aufgrund der dort geltenden Regelungen zulässig. Es wäre daher denkbar, dass ein deutscher Anbieter oder Produzent als Zulieferer eines anderen Bieters zulässigerweise EK aus Blutspenden gegen Aufwandentschädigung gewinnt und auch wohl zulässigerweise nach Österreich einführt. Würde aber die Antragsgegnerin auf solche Produkte den Zuschlag erteilen, würden öffentliche Mittel in gänzlich sinnloser Weise eingesetzt, weil diese Produkte gemäß § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz zur direkten Transfusion zur Behandlung nicht eingesetzt werden dürfen. Die Antragstellerin erachte sich daher dadurch diskriminiert, dass die Antragsgegnerin die Ausschreibung für Blutprodukte öffne, die § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz nicht entsprechen, weshalb die Antragstellerin mit Mitbewerbern konfrontiert sein könnte, die für die Antragsgegnerin zwar billige, aber nicht rechtskonform einsetzbare Produkte anbieten würden. Auch wenn die Antragsgegnerin in der Ausschreibung den expliziten Hinweis auf das Blutsicherheitsgesetz unterlassen habe, folge aus der allgemeinen Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften, dass sie in Österreich nur solche EK verwenden dürfe, die aus unbezahlt gewonnen Spenden stammten, für die auch keine Aufwandsentschädigung bezahlt wurden. Die Ausschreibung erwecke den Eindruck, die Antragsgegnerin würde auch Produkte aus zwar unbezahlten (also nicht gegen Entgelt geleisteten) Blutspenden akzeptieren, für die aber eine Aufwandsentschädigung geleistet wurde, die also nicht „gänzlich unbezahlt“ im Sinne des Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz erlangt wurden. Der Unterschied sei nicht ein bloß formaler, sondern ein ganz wesentlich qualitativer. Die Antragstellerin erachte sich durch diese Ausschreibungsfestlegung, soweit sie Blutspenden zulasse, für die Aufwandsentschädigungen bezahlt wurden, diskriminiert. Daraus gewonnenen EK seien in der Regel billiger. Es sei nicht unwahrscheinlich, dass Bieter sich um den Auftrag bewerben, für deren Produkte Blut aus Blutspenden gegen Aufwandsentschädigung verwendet wurde. Dies sei in Deutschland nämlich aufgrund der dort geltenden Regelungen zulässig. Es wäre daher denkbar, dass ein deutscher Anbieter oder Produzent als Zulieferer eines anderen Bieters zulässigerweise EK aus Blutspenden gegen Aufwandentschädigung gewinnt und auch wohl zulässigerweise nach Österreich einführt. Würde aber die Antragsgegnerin auf solche Produkte den Zuschlag erteilen, würden öffentliche Mittel in gänzlich sinnloser Weise eingesetzt, weil diese Produkte gemäß Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz zur direkten Transfusion zur Behandlung nicht eingesetzt werden dürfen. Die Antragstellerin erachte sich daher dadurch diskriminiert, dass die Antragsgegnerin die Ausschreibung für Blutprodukte öffne, die Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz nicht entsprechen, weshalb die Antragstellerin mit Mitbewerbern konfrontiert sein könnte, die für die Antragsgegnerin zwar billige, aber nicht rechtskonform einsetzbare Produkte anbieten würden.

Die Antragstellerin habe bisher die Krankenanstalten der Antragsgegnerin beliefert und sei in hohem Maße daran interessiert, ein entsprechendes Angebot zu legen und den Auftrag zu erhalten. Die Vergabe des gegenständlichen Auftrags stelle für die Antragstellerin eine besonders wichtige Geschäftstätigkeit dar, die nicht nur wegen der damit verbundenen Einnahmen, sondern auch insbesondere wegen seiner Bedeutung in der Branche als Referenzauftrag geradezu existenziell für die Antragstellerin sei. Würde der Auftrag rechtswidrig nicht der Antragstellerin erteilt, so könnte sie die damit verbundenen Verluste auch nicht durch andere Geschäftsbereiche oder Produktgruppen aufwiegen. Aus diesem Grund müsste die Antragstellerin bis zu einem Drittel ihres Personalstandes abbauen, also bis zu 100 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kündigen und die damit verbundenen Kosten tragen. Abgesehen davon ergebe sich dadurch eine massive Einschränkung der Antragstellerin. Der ihr drohende Schaden bestehe aber auch darin, dass sie unter Hinnahme der sachwidrigen und diskriminierenden Spezifikationen an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren teilnehmen müsste, um ihre Chance auf die Zuschlagserteilung zu wahren. Aber selbst wenn die Antragstellerin für die Zuschlagserteilung vorgesehen wäre, könnte ein anderer Bieter das Vergabeverfahren zu Fall bringen. Die Möglichkeit der Antragstellerin in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten sei somit beeinträchtigt.

Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig verständigt worden, die nach § 30 WVRG zu entrichtenden Pauschalgebühren seien zur Einzahlung gelangt. Zur

Sicherung der Rechtsstellung der Antragstellerin sei die Erlassung der einstweiligen Verfügung notwendig. Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig verständigt worden, die nach Paragraph 30, WVRG zu entrichtenden Pauschalgebühren seien zur Einzahlung gelangt. Zur Sicherung der Rechtsstellung der Antragstellerin sei die Erlassung der einstweiligen Verfügung notwendig.

Die Antragsgegnerin hat sich in ihrer Stellungnahme vom 1.12.2005 gegen die Anträge der Antragstellerin ausgesprochen und mitgeteilt, dass die Angebotsfrist auf 31.1.2006, 9.30 Uhr, verlängert wurde. Im einzelnen hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass das Vergabeverfahren – neben der Vorinformation und der Bekanntmachung im Amtsblatt der EG – gemäß § 37 Abs. 3 BVergG in Verbindung mit § 1 der Wiener Bekanntmachungsverordnung, LGBl. 2003/36, auch unter der dort angeführten Internetadresse bekannt gemacht wurde. Die Antragsgegnerin hat sich in ihrer Stellungnahme vom 1.12.2005 gegen die Anträge der Antragstellerin ausgesprochen und mitgeteilt, dass die Angebotsfrist auf 31.1.2006, 9.30 Uhr, verlängert wurde. Im einzelnen hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass das Vergabeverfahren – neben der Vorinformation und der Bekanntmachung im Amtsblatt der EG – gemäß Paragraph 37, Absatz 3, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, der Wiener Bekanntmachungsverordnung, LGBl. 2003/36, auch unter der dort angeführten Internetadresse bekannt gemacht wurde.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin sehr wohl Mindestanforderungen an die Bieter bzw. den Modus der Leistungserbringung in der Ausschreibung festgelegt. So seien zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit im Punkt 4 der besonderen Vertragsbestimmungen (Seite 24 von 36) die Belieferung von einem zentralen Depot in Wien oder maximal 20 km von Wien gefordert worden. Eine Pflicht zur Festlegung von Mindestanforderungen an die Eignung der Bieter sei dem BVergG nicht zu entnehmen. Aus Gründen einer raschen Abwicklung des Nachprüfungsverfahrens habe die Antragsgegnerin jedoch die Ausschreibung in diesem Punkt ergänzt, wozu auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 verwiesen wurde.

Punkt 2.4.7 des Leistungsverzeichnisses werde von der Antragstellerin offenbar verkannt. Jedem fachkundigen Bieter sei bei gehöriger Aufmerksamkeit klar erkennbar, dass selbstverständlich nicht das EK selber steril sein müsse, sondern lediglich der Blutbeutel in welchem das Blut abzapacken sei. Dies wisse „natürlich auch die Antragstellerin“. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die von ihr selbst gelieferten Blutbeutel als steril und pyrogenfrei beschrieben sind. Um auch hier eine Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens zu erreichen sei mit dem Schreiben vom 1.12.2005 eine Klarstellung an alle Bewerber erfolgt.

Zum Erfordernis eines Restplasmaanteils von nicht größer als 10 ml führt die Antragsgegnerin aus, dass es sich beim Anteil des Restplasmas um ein wesentliches Qualitätsmerkmal für EK handle. Unrichtig sei das Vorbringen der Antragstellerin, dass am Markt kein Anbieter für ein Produkt mit einem Restplasmaanteil von weniger als 10 ml vorhanden sei. Um auch hier eine Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen, habe die Antragsgegnerin die Ausschreibung dahingehend geändert, dass die Anforderung eines Plasmaanteils von weniger als 10 ml durch die Anforderung eines Anteils von weniger als 25 ml ersetzt wurde. Dieser Wert sei unter anderem festgelegt worden, weil auch die Antragstellerin nach der von ihr vorgelegten Beilage 5 diesen Wert erreichen könne. Auch der zum Erfordernis der irregulären antierythrozytären Antikörper behauptete Widerspruch liege nicht vor. Für Patienten, die bestimmte irreguläre Merkmale aufweisen würden, seien passende Konserven bereit zu stellen. Je nach Verteilung des Antigenmusters (Häufigkeit in der Spenderpopulation gemessen) könne es deshalb zu Schwierigkeiten bei der Beistellung solcher Konserven kommen. Daraus folge, dass für diese Patienten EK mit ganz spezifischen Merkmalen bereitgestellt werden müssen. Dieser zusätzliche logistische Sachaufwand solle mit dem fünffachen Preis abgegolten werden. Damit stehe die Festlegung zu Punkt 7 der besonderen Vertragsbestimmungen nicht in unauflösllichem Widerspruch zu Punkt 2.3.3 des Leistungsverzeichnisses. Aus Gründen einer raschen Entscheidung des VKS werde auch im Schreiben vom 1.12.2005 Punkt 7 entsprechend umformuliert.

Zum Erfordernis der EK aus unbezahlten Spenden führt die Antragsgegnerin zunächst aus, es sei unrichtig, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden gemäß § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz nicht in Österreich verwendet werden dürften. Weder das Blutsicherheitsgesetz noch sonst ein Gesetz würden ein derartiges Verbot kennen. Das Blutsicherheitsgesetz regle lediglich die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen sowie die damit zusammenhängenden Sicherheitsmaßnahmen, um Spendern und Patienten den bestmöglichen Schutz zu bieten. Es normiere zwar § 8 Abs. 4 leg. cit., dass Blutspenden für Produkte zur direkten Transfusion gänzlich unbezahlt erfolgen müssen. Das Gesetz enthalte jedoch keine Aussage darüber, ob Blutspendeeinrichtungen in anderen Staaten eine Geld- oder eine Aufwandsentschädigung an Blutspender leisten dürfen. Der ausdrückliche Ausschluss von EK aus

Blutspenden für die zwar kein Entgelt, aber eine Aufwandsentschädigung geleistet worden ist, wäre ein klarer Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtliche Warenverkehrsfreiheit und damit gegen § 21 Abs. 1 und 2 EGV. Die entsprechende Richtlinie würde auch den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ermöglichen, bei Blutspenden eine Aufwandsentschädigung vorzusehen. Eine entsprechende Regelung bestünde etwa nach § 10 des deutschen Transfusionsgesetzes. Derart gewonnene EK dürften auf Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit – nach Registrierung beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen gemäß §§ 2 ff Arzneiwareneinfuhrgesetz – nach Österreich importiert und auch in Österreich verwendet werden. Ein Ausschluss derartiger EK wäre daher als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des § 28 EG – Vertrages zu qualifizieren. Es sei auch unrichtig, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden qualitativ schlechtere Produkte seien und die Ausschreibung deswegen rechtswidrig wäre. Aus Gründen der Klarstellungen erklärt die Antragsgegnerin jedoch, dass der Begriff der unbezahlt gewonnen Spenden im Sinne der Richtlinie 2002/98/EG zu verstehen sei und hat diesbezüglich auf ihr Schreiben vom 1.12.2005 verwiesen. Zum Erfordernis der EK aus unbezahlten Spenden führt die Antragsgegnerin zunächst aus, es sei unrichtig, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden gemäß Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz nicht in Österreich verwendet werden dürften. Weder das Blutsicherheitsgesetz noch sonst ein Gesetz würden ein derartiges Verbot kennen. Das Blutsicherheitsgesetz regle lediglich die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen sowie die damit zusammenhängenden Sicherheitsmaßnahmen, um Spendern und Patienten den bestmöglichen Schutz zu bieten. Es normiere zwar Paragraph 8, Absatz 4, leg. cit., dass Blutspenden für Produkte zur direkten Transfusion gänzlich unbezahlt erfolgen müssen. Das Gesetz enthalte jedoch keine Aussage darüber, ob Blutspendeeinrichtungen in anderen Staaten eine Geld- oder eine Aufwandsentschädigung an Blutspender leisten dürfen. Der ausdrückliche Ausschluss von EK aus Blutspenden für die zwar kein Entgelt, aber eine Aufwandsentschädigung geleistet worden ist, wäre ein klarer Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtliche Warenverkehrsfreiheit und damit gegen Paragraph 21, Absatz eins und 2 EGV. Die entsprechende Richtlinie würde auch den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ermöglichen, bei Blutspenden eine Aufwandsentschädigung vorzusehen. Eine entsprechende Regelung bestünde etwa nach Paragraph 10, des deutschen Transfusionsgesetzes. Derart gewonnene EK dürften auf Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit – nach Registrierung beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen gemäß Paragraphen 2, ff Arzneiwareneinfuhrgesetz – nach Österreich importiert und auch in Österreich verwendet werden. Ein Ausschluss derartiger EK wäre daher als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Paragraph 28, EG – Vertrages zu qualifizieren. Es sei auch unrichtig, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden qualitativ schlechtere Produkte seien und die Ausschreibung deswegen rechtswidrig wäre. Aus Gründen der Klarstellungen erklärt die Antragsgegnerin jedoch, dass der Begriff der unbezahlt gewonnen Spenden im Sinne der Richtlinie 2002/98/EG zu verstehen sei und hat diesbezüglich auf ihr Schreiben vom 1.12.2005 verwiesen.

Gegen die der Antragstellerin am 1.12.2005 zugekommene Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin zur Ausschreibung von Erythrozytenkonzentraten richtet sich der am 7.12.2005 zur Zl. VKS-3929/05 eingelangte weitere Antrag der Antragstellerin auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung dieser Berichtigung als sonstige Festlegung der Antragsgegnerin während der Angebotsfrist. Darin macht die Antragstellerin geltend, die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei offenbar als Reaktion auf den zur Zl. VKS-3793/05 gestellten Nachprüfungsantrag zu sehen. Die in der Berichtigung näher beschriebenen neuen Festlegungen der Ausschreibung seien für die Antragstellerin grob benachteiligend, willkürlich und überdies irreführend und in sich widersprüchlich. Die Berichtigung sei im Amtsblatt der EG ohne Hinweis darauf, dass es sich um eine Berichtigung handle, kundgemacht worden. Eine Bekanntmachung der Berichtigung sei nicht unter der E-Mail Adresse nach § 1 der Wiener Bekanntmachungsverordnung veröffentlicht worden. Gegen die der Antragstellerin am 1.12.2005 zugekommene Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin zur Ausschreibung von Erythrozytenkonzentraten richtet sich der am 7.12.2005 zur Zl. VKS-3929/05 eingelangte weitere Antrag der Antragstellerin auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung dieser Berichtigung als sonstige Festlegung der Antragsgegnerin während der Angebotsfrist. Darin macht die Antragstellerin geltend, die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei offenbar als Reaktion auf den zur Zl. VKS-3793/05 gestellten Nachprüfungsantrag zu sehen. Die in der Berichtigung näher beschriebenen neuen Festlegungen der Ausschreibung seien für die Antragstellerin grob benachteiligend, willkürlich und überdies irreführend und in sich widersprüchlich. Die

Berichtigung sei im Amtsblatt der EG ohne Hinweis darauf, dass es sich um eine Berichtigung handle, kundgemacht worden. Eine Bekanntmachung der Berichtigung sei nicht unter der E-Mail Adresse nach Paragraph eins, der Wiener Bekanntmachungsverordnung veröffentlicht worden.

Die Antragstellerin macht in ihrem weiteren Antrag sowie im zunächst gestellten Nachprüfungsantrag abermals geltend, dass die nunmehr überarbeiteten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Bieter nicht sachgerecht und daher weiterhin rechtswidrig wären. Es sei weiterhin nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragsgegnerin keinen Referenznachweis verlange. Soweit sich die Antragsgegnerin zur Bonität der Bieter mit einer „entsprechenden Bankerklärung (Bonitätsauskunft)“ zufrieden gibt, überlasse sie es den Bietern selbst zu beurteilen, was nun eine „entsprechende Bonität“ sein solle. Auch die Festlegung der Antragsgegnerin, dass der Bieter über zumindest drei für den Transport von Blutprodukten geeignete Fahrzeuge verfügen muss, was von ihr als „entsprechende Logistik“ bezeichnet wird, lege immer noch nicht fest, wie viele Dienstnehmer dem Bieter zu Verfügung stehen müssen und welche Qualifikation diese aufweisen müssten. Auch durch diese in der Berichtigung vorgenommene Festlegung werden solche Bieter, die über die für die Auftragserfüllung erforderliche technische Ausstattung im Sinne des § 57 BVergG tatsächlich verfügen, diskriminiert, weil sie – um die Kosten der Auftragserbringung decken zu können – nicht in der Lage wären genauso billig anzubieten. Weiterhin seien die Anforderungen an die zu liefernden Blutprodukte auch in der Fassung der Berichtigung in der Ausschreibung nicht sachgerecht. Der nunmehr vom Antragsgegner angeführte Wert von kleiner als 25 ml werde in keiner Richtlinie oder sonstigen Vorschrift gefordert. Die Antragstellerin macht in ihrem weiteren Antrag sowie im zunächst gestellten Nachprüfungsantrag abermals geltend, dass die nunmehr überarbeiteten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Bieter nicht sachgerecht und daher weiterhin rechtswidrig wären. Es sei weiterhin nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragsgegnerin keinen Referenznachweis verlange. Soweit sich die Antragsgegnerin zur Bonität der Bieter mit einer „entsprechenden Bankerklärung (Bonitätsauskunft)“ zufrieden gibt, überlasse sie es den Bietern selbst zu beurteilen, was nun eine „entsprechende Bonität“ sein solle. Auch die Festlegung der Antragsgegnerin, dass der Bieter über zumindest drei für den Transport von Blutprodukten geeignete Fahrzeuge verfügen muss, was von ihr als „entsprechende Logistik“ bezeichnet wird, lege immer noch nicht fest, wie viele Dienstnehmer dem Bieter zu Verfügung stehen müssen und welche Qualifikation diese aufweisen müssten. Auch durch diese in der Berichtigung vorgenommene Festlegung werden solche Bieter, die über die für die Auftragserfüllung erforderliche technische Ausstattung im Sinne des Paragraph 57, BVergG tatsächlich verfügen, diskriminiert, weil sie – um die Kosten der Auftragserbringung decken zu können – nicht in der Lage wären genauso billig anzubieten. Weiterhin seien die Anforderungen an die zu liefernden Blutprodukte auch in der Fassung der Berichtigung in der Ausschreibung nicht sachgerecht. Der nunmehr vom Antragsgegner angeführte Wert von kleiner als 25 ml werde in keiner Richtlinie oder sonstigen Vorschrift gefordert.

Zu Punkt 2.2 der Ausschreibung (Blut aus unbezahlten Spenden) habe die Antragsgegnerin nunmehr festgelegt, dass der Liefergegenstand aus unbezahlt gewonnen Spenden im Sinne des Art. 20 der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU stammen muss. Auch diese Festlegung sei rechtswidrig, weil damit die der österreichischen Bestimmung zugrunde liegenden Qualitäts- und Sicherheitsbestimmungen gänzlich unterlaufen würden. Nach dem österreichischen Begriffsverständnis der „unbezahlten Spenden“ dürften diese aber auch nicht aus solchen Blutspenden stammen, für die Aufwandsentschädigungen bezahlt wurden. Nach der deutschen Rechtslage sei es gestattet auch den Einsatz von Blut, bei dessen Spende - pauschalierte und damit entgeltliche - Aufwandsätze gezahlt werden, zu verwenden. Die der österreichischen Bestimmung zu Grunde liegenden Qualitäts- und Sicherheitsbestrebungen würden damit gänzlich unterlaufen, wenn es zulässig wäre, unter Verletzung des § 8 Z 4 Blutsicherheitsgesetz Blutprodukte aus mit Aufwandsentschädigungen bezahlten Spenden in Österreich zur direkten Transfusion zu verwenden. Dadurch sei die Antragstellerin aber auch diskriminiert. Es sei selbstverständlich „dass Blutspenden, die gegen Bezahlung – und sei es auch bloß in Form einer Aufwandsentschädigung – gewonnen werden, um ein Vielfaches leichter zu bekommen sind als unbezahlte – und daher im wesentlichen aus karitativen Gründen – gegebene Blutspenden. Daraus ergibt sich auch logisch dass – nach österreichischem Begriffsverständnis – aus unbezahlten Blutspenden gewonnene Blutprodukte teurer sein müssen, weil der Aufwand, der zu deren Erlangung getrieben werden muss, um ein Vielfaches höher ist als der Aufwand für bezahlte Spenden.“ Derzeitig drohe aber auch Bietern aus anderen Mitgliedstaaten Schaden, die die Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe verlocke, die letztlich frustriert sein müsse weil es eben nicht reichen könne, wenn die angebotenen Blutprodukte den Vorschriften des anderen Mitgliedstaates, nicht aber auch dem österreichischen Blutsicherheitsgesetz entsprechen. Mit anderen Worten, der Antragsgegner dürfe „schlicht und



einfach den Zuschlag nicht einem Bieter erteilen, der nicht nachweisen kann, dass für seine Blutspenden auch keine Aufwandsentschädigungen bezahlt wurden." Allein dass der Antragsgegner durch diese Festlegung in der Fassung der Berichtigung versuche, die Österreichischen Qualitäts- und Sicherheitsstandards zu unterlaufen, wiege schwer. Die Berichtigung sei daher auch insoweit für nichtig zu erklären. Im Übrigen verweist die Antragstellerin in ihrem zweiten Antrag auf ihr Vorbringen im Nachprüfungsverfahren zur Zl. VKS - 3793/05. Zu Punkt 2.2 der Ausschreibung (Blut aus unbezahlten Spenden) habe die Antragsgegnerin nunmehr festgelegt, dass der Liefergegenstand aus unbezahlt gewonnenen Spenden im Sinne des Artikel 20, der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU stammen muss. Auch diese Festlegung sei rechtswidrig, weil damit die der österreichischen Bestimmung zugrunde liegenden Qualitäts- und Sicherheitsbestimmungen gänzlich unterlaufen würden. Nach dem österreichischen Begriffsverständnis der „unbezahlten Spenden“ dürften diese aber auch nicht aus solchen Blutspenden stammen, für die Aufwandsentschädigungen bezahlt wurden. Nach der deutschen Rechtslage sei es gestattet auch den Einsatz von Blut, bei dessen Spende - pauschalierte und damit entgeltliche - Aufwandsätze gezahlt werden, zu verwenden. Die der österreichischen Bestimmung zu Grunde liegenden Qualitäts- und Sicherheitsbestrebungen würden damit gänzlich unterlaufen, wenn es zulässig wäre, unter Verletzung des Paragraph 8, Ziffer 4, Blutsicherheitsgesetz Blutprodukte aus mit Aufwandsentschädigungen bezahlten Spenden in Österreich zur direkten Transfusion zu verwenden. Dadurch sei die Antragstellerin aber auch diskriminiert. Es sei selbstverständlich „dass Blutspenden, die gegen Bezahlung - und sei es auch bloß in Form einer Aufwandsentschädigung - gewonnen werden, um ein Vielfaches leichter zu bekommen sind als unbezahlte - und daher im wesentlichen aus karitativen Gründen - gegebene Blutspenden. Daraus ergibt sich auch logisch dass - nach österreichischem Begriffsverständnis - aus unbezahlten Blutspenden gewonnene Blutprodukte teurer sein müssen, weil der Aufwand, der zu deren Erlangung getrieben werden muss, um ein Vielfaches höher ist als der Aufwand für bezahlte Spenden." Derzeitig drohe aber auch Bietern aus anderen Mitgliedstaaten Schaden, die die Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe verlocke, die letztlich frustriert sein müsse weil es eben nicht reichen könne, wenn die angebotenen Blutprodukte den Vorschriften des anderen Mitgliedstaates, nicht aber auch dem österreichischen Blutsicherheitsgesetz entsprechen. Mit anderen Worten, der Antragsgegner dürfe „schlicht und einfach den Zuschlag nicht einem Bieter erteilen, der nicht nachweisen kann, dass für seine Blutspenden auch keine Aufwandsentschädigungen bezahlt wurden." Allein dass der Antragsgegner durch diese Festlegung in der Fassung der Berichtigung versuche, die Österreichischen Qualitäts- und Sicherheitsstandards zu unterlaufen, wiege schwer. Die Berichtigung sei daher auch insoweit für nichtig zu erklären. Im Übrigen verweist die Antragstellerin in ihrem zweiten Antrag auf ihr Vorbringen im Nachprüfungsverfahren zur Zl. VKS - 3793/05.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, auf Seite 8 der Berichtigung erkläre die Antragsgegnerin zum Ziel des Vergabeverfahrens den „Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von ca. 280.000 Stück“ leukozytendepletierter EK. Diese Festlegung sei widersprüchlich, weil nach den (insoweit) eindeutigen Festlegungen in der Bekanntmachung und der Ausschreibung eine Vergabe in Losen vorgesehen sei. Die Antragsgegnerin müsse aber, weil das im Oberschwellenbereich anders nicht möglich sei, jeweils einen Vertrag (allenfalls auch Rahmenvertrag) mit dem jeweils für ein Los ermittelten Bieter schließen. Sollte die Antragsgegnerin hingegen (bloß) eine Rahmenvereinbarung im Sinne des § 20 Z 27 BVergG mit mehreren Unternehmen schließen wollen, wäre dies unzulässig, weil diese Art einer Rahmenvereinbarung nach geltendem Recht lediglich im Unterschwellenbereich vorgesehen sei. Zu diesem Punkt sei jedenfalls eine Klarstellung der Ausschreibung in der Fassung der Berichtigung erforderlich, weshalb auch insoweit die Nichtigerklärung der Berichtigung geboten sei. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, auf Seite 8 der Berichtigung erkläre die Antragsgegnerin zum Ziel des Vergabeverfahrens den „Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von ca. 280.000 Stück“ leukozytendepletierter EK. Diese Festlegung sei widersprüchlich, weil nach den (insoweit) eindeutigen Festlegungen in der Bekanntmachung und der Ausschreibung eine Vergabe in Losen vorgesehen sei. Die Antragsgegnerin müsse aber, weil das im Oberschwellenbereich anders nicht möglich sei, jeweils einen Vertrag (allenfalls auch Rahmenvertrag) mit dem jeweils für ein Los ermittelten Bieter schließen. Sollte die Antragsgegnerin hingegen (bloß) eine Rahmenvereinbarung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 27, BVergG mit mehreren Unternehmen schließen wollen, wäre dies unzulässig, weil diese Art einer Rahmenvereinbarung nach geltendem Recht lediglich im Unterschwellenbereich vorgesehen sei. Zu diesem Punkt sei jedenfalls eine Klarstellung der Ausschreibung in der Fassung der Berichtigung erforderlich, weshalb auch insoweit die Nichtigerklärung der Berichtigung geboten sei.

Die Antragstellerin hat zu den Voraussetzungen ihres zweiten Antrages darauf hingewiesen, die Antragsgegnerin

ordnungsgemäß von der beabsichtigten weiteren Antragstellung verständigt zu haben. Unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen in dem das Verfahren zur Zl. VKS - 3793/05 einleitenden Schriftsatz führt sie zur Schadenshöhe ergänzend aus, dass „noch mehr als zuvor zu befürchten sei, dass der Antragsgegner den Auftrag ganz oder teilweise an andere Bieter vergibt, obwohl diese Blutprodukte anbieten, die zum Einsatz zur direkten Transfusion nicht geeignet sind". Die nach § 30 Abs. 1 WVRG geforderte Gebühr sei entrichtet worden. Die Antragstellerin hat zu den Voraussetzungen ihres zweiten Antrages darauf hingewiesen, die Antragsgegnerin ordnungsgemäß von der beabsichtigten weiteren Antragstellung verständigt zu haben. Unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen in dem das Verfahren zur Zl. VKS - 3793/05 einleitenden Schriftsatz führt sie zur Schadenshöhe ergänzend aus, dass „noch mehr als zuvor zu befürchten sei, dass der Antragsgegner den Auftrag ganz oder teilweise an andere Bieter vergibt, obwohl diese Blutprodukte anbieten, die zum Einsatz zur direkten Transfusion nicht geeignet sind". Die nach Paragraph 30, Absatz eins, WVRG geforderte Gebühr sei entrichtet worden.

Zu diesem (zweiten) Antrag hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 15.12.2005 einleitend zunächst ausgeführt, versucht zu haben, mit dem Berichtigungsschreiben vom 1.12.2005 weitestgehend dem Anliegen der Antragstellerin Rechnung zu tragen und möglichst strittige Punkte zu eliminieren und dadurch eine rasche Entscheidung des VKS zu ermöglichen. Um so überraschender sei es für sie, dass nunmehr die Antragstellerin mit einem neuen Nachprüfungsantrag gegen diese Berichtigung vorgehe. Dadurch müsse der Eindruck entstehen, dass die Antragstellerin alles als rechtswidrig oder nicht sachgerecht oder auch als schlicht „zu teuer" anfechten werde, unabhängig davon, welche Ausschreibungsbedingungen festgelegt werden.

Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, dass auch die Berichtigung der Ausschreibungsbedingungen entsprechend der Wiener Bekanntmachungsverordnung bekannt gemacht worden sei. Auch eine Veröffentlichung im Amtsblatt der EG sei entsprechend den Publikationsvorschriften erfolgt. Unter Hinweis auf die Stellungnahme im Verfahren VKS - 3793/05 ergänzt die Antragsgegnerin zur Frage der Mindestanforderungen, dass es im Ermessen des Auftraggebers stehe, ob er solche Mindestanforderungen festlege. Dennoch habe die Antragsgegnerin im Schreiben vom 1.12.2005 Mindestanforderungen festgelegt, soweit sie erforderlich waren um die Zielsetzung des Auftrages zu erreichen und sachlich durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt waren. Insbesondere habe sie gefordert, der Bieter müsse „zur Versorgung des Wiener KAV über die entsprechende Logistik verfügen, die zumindest aus drei für den Transport von Blutprodukten entsprechend den gesetzlichen Vorschriften geeigneten Fahrzeugen bestehen". Sollten bei der Prüfung der Angebote tatsächlich Zweifel an der erforderlichen Eignung eines Bieters entstehen, habe der Auftraggeber die Pflicht, weitere Nachweise zu verlangen und gegebenenfalls das Angebot mangels Eignung des Bieters auszuschneiden. Auch das Vorbringen der Antragstellerin der angeblich fehlenden Festlegung einer Mindestanforderung an die Bonität der Bieter sei evident falsch. Dem Schreiben vom 1.12.2005 sei das Muster einer Bankerklärung beigelegt worden, deren Beibringung als ausreichend angesehen werden müsse. Zur Festlegung eines Restplasmaanteils von weniger als 25 ml habe die Antragsgegnerin letztlich dem Anliegen der Antragstellerin Rechnung getragen, zumal diese selbst erklärt habe, in ihren EK „einen Restplasmaanteil von 21 ml zu erreichen (ja sogar einen Restplasmaanteil von 15 ml erreichen zu können)". Obwohl genügend Unternehmen vorhanden wären, die den ursprünglich geforderten Restplasmaanteil von weniger als 10 ml liefern könnten, habe man den nunmehr neuerlich angefochtenen Restplasmaanteil festgelegt. Zur neuerlichen Bemängelung der Verwendung von Blutprodukten aus unbezahlten Spenden weist die Antragsgegnerin abermals darauf hin, dass eine nationale Vorschrift nicht bestehe, die die Verwendung von Blut aus unbezahlten Spenden verbieten würden. § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz sei vorliegend nicht anzuwenden. Schließlich sei unrichtig, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden qualitativ schlechtere Produkte seien und die Ausschreibung deswegen rechtswidrig sei. Die Antragstellerin selbst habe (vor Inkrafttreten des Verbotes in § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz am 1.7.2005) für ihre eigene Blutspendengewinnung mit Gulaschsuppe, Ottakringer Bier mit musikalischen und kabarettistischen Rahmenprogramm geworben. Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, dass auch die Berichtigung der Ausschreibungsbedingungen entsprechend der Wiener Bekanntmachungsverordnung bekannt gemacht worden sei. Auch eine Veröffentlichung im Amtsblatt der EG sei entsprechend den Publikationsvorschriften erfolgt. Unter Hinweis auf die Stellungnahme im Verfahren VKS - 3793/05 ergänzt die Antragsgegnerin zur Frage der Mindestanforderungen, dass es im Ermessen des Auftraggebers stehe, ob er solche Mindestanforderungen festlege. Dennoch habe die Antragsgegnerin im Schreiben vom 1.12.2005 Mindestanforderungen festgelegt, soweit sie erforderlich waren um die Zielsetzung des Auftrages zu erreichen und sachlich durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt waren. Insbesondere habe sie gefordert, der Bieter müsse „zur Versorgung des Wiener KAV über die entsprechende Logistik

verfügen, die zumindest aus drei für den Transport von Blutprodukten entsprechend den gesetzlichen Vorschriften geeigneten Fahrzeugen bestehen". Sollten bei der Prüfung der Angebote tatsächlich Zweifel an der erforderlichen Eignung eines Bieters entstehen, habe der Auftraggeber die Pflicht, weitere Nachweise zu verlangen und gegebenenfalls das Angebot mangels Eignung des Bieters auszuschneiden. Auch das Vorbringen der Antragstellerin der angeblich fehlenden Festlegung einer Mindestanforderung an die Bonität der Bieter sei evident falsch. Dem Schreiben vom 1.12.2005 sei das Muster einer Bankerklärung beigelegt worden, deren Beibringung als ausreichend angesehen werden müsse. Zur Festlegung eines Restplasmaanteils von weniger als 25 ml habe die Antragsgegnerin letztlich dem Anliegen der Antragstellerin Rechnung getragen, zumal diese selbst erklärt habe, in ihren EK „einen Restplasmaanteil von 21 ml zu erreichen (ja sogar einen Restplasmaanteil von 15 ml erreichen zu können)". Obwohl genügend Unternehmen vorhanden wären, die den ursprünglich geforderten Restplasmaanteil von weniger als 10 ml liefern könnten, habe man den nunmehr neuerlich angefochtenen Restplasmaanteil festgelegt. Zur neuerlichen Bemängelung der Verwendung von Blutprodukten aus unbezahlten Spenden weist die Antragsgegnerin abermals darauf hin, dass eine nationale Vorschrift nicht bestehe, die die Verwendung von Blut aus unbezahlten Spenden verbieten würden. Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz sei vorliegend nicht anzuwenden. Schließlich sei unrichtig, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden qualitativ schlechtere Produkte seien und die Ausschreibung deswegen rechtswidrig sei. Die Antragstellerin selbst habe (vor Inkrafttreten des Verbotes in Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz am 1.7.2005) für ihre eigene Blutspendengewinnung mit Gulaschsuppe, Ottakringer Bier mit musikalischen und kabarettistischen Rahmenprogramm geworben.

Mit Schriftsatz vom 21.12.2005 hat die Antragstellerin im Verfahren zur Zl. VKS - 3929/05 angeregt, zur Frage „welche Anforderung an den Restplasmaanteil sachlich gerechtfertigt" sei, einen gerichtlich beeideten Sachverständigen zu bestellen.

Dagegen hat sich die Antragsgegnerin unter Hinweis darauf, dass genügend Bieter (darunter auch die Antragstellerin) in der Lage wären das ausgeschriebene Produkt anzubieten, ausgesprochen.

Im Verfahren zur Zl. VKS – 3793/05 hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14.12.2005 neuerlich ihren Standpunkt dargelegt, dass nach der Bestimmung des § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz nur solche Blutprodukte zur direkten Transfusion verwendet werden dürften, für die Aufwandsätze nicht geleistet wurden. Darauf hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 5.1.2006 repliziert, dass aus den in § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz verwendeten Begriff „gänzlich unbezahlt" nicht geschlossen werden könne, dass eine Aufwandsentschädigung verwehrt wäre. Dem Blutsicherheitsgesetz sei keine Bestimmung zu entnehmen, wonach die Verwendung von EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden verboten wäre. Auch dem Arzneimittelgesetz könne ein derartiges Verwendungsverbot nicht entnommen werden. Letztlich verlange eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation, dass die Bestimmung des § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoße. Im Verfahren zur Zl. VKS – 3793/05 hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14.12.2005 neuerlich ihren Standpunkt dargelegt, dass nach der Bestimmung des Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz nur solche Blutprodukte zur direkten Transfusion verwendet werden dürften, für die Aufwandsätze nicht geleistet wurden. Darauf hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 5.1.2006 repliziert, dass aus den in Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz verwendeten Begriff „gänzlich unbezahlt" nicht geschlossen werden könne, dass eine Aufwandsentschädigung verwehrt wäre. Dem Blutsicherheitsgesetz sei keine Bestimmung zu entnehmen, wonach die Verwendung von EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden verboten wäre. Auch dem Arzneimittelgesetz könne ein derartiges Verwendungsverbot nicht entnommen werden. Letztlich verlange eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation, dass die Bestimmung des Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoße.

Dazu hat die Antragstellerin im Schriftsatz vom 19.1.2006 ausgeführt, dass verschiedene Autoren darauf hinweisen, dass WHO, FDA und EU jegliche Form von bezahlten Blutspenden zur direkten Transfusion ablehnen. Entsprechende Studien wurden von der Antragstellerin angeschlossen, wobei die Antragstellerin abermals unterstreicht, dass „im Bereich der Vollblutspende die Spende gänzlich unbezahlt zu erfolgen hat, dass heißt, dass in diesem Bereich auch keine Aufwandsentschädigung bezahlt werden darf".

Der Vergabekontrollsenat hat beide Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden, wogegen von den am Verfahren Beteiligten ein Einwand nicht erhoben wurde.

In der mündlichen Verhandlung vom 20.1.2006 hat die Antragstellerin ausdrücklich erklärt, dass sie sich in Folge Anhebung des Restplasmaanteils auf weniger als 25 ml nicht mehr beschwert erachte und diesbezüglich auch der Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zurückgenommen werden. Die Kritikpunkte hinsichtlich der Eignungskriterien würden jedoch weiterhin aufrecht erhalten; ebenso, dass die Ausschreibung weiterhin nicht auf der Basis des Blutsicherheitsgesetzes erfolge, insbesondere dessen Bestimmung § 8 Abs. 4 nicht beachtet werde (Seite 2 des Protokolls). In der mündlichen Verhandlung vom 20.1.2006 hat die Antragstellerin ausdrücklich erklärt, dass sie sich in Folge Anhebung des Restplasmaanteils auf weniger als 25 ml nicht mehr beschwert erachte und diesbezüglich auch der Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zurückgenommen werden. Die Kritikpunkte hinsichtlich der Eignungskriterien würden jedoch weiterhin aufrecht erhalten; ebenso, dass die Ausschreibung weiterhin nicht auf der Basis des Blutsicherheitsgesetzes erfolge, insbesondere dessen Bestimmung Paragraph 8, Absatz 4, nicht beachtet werde (Seite 2 des Protokolls).

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 2.12.2005 zunächst für die Höchstdauer von zwei Monaten erlassen. Die Dauer der angeordneten Hemmung wurde mit Bescheid vom 31.1.2006 um ein weiteres Monat verlängert. Diesbezüglich wird auf den Inhalt der beiden Teilen zugegangenen Bescheide verwiesen, um Wiederholungen zu vermeiden.

Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt hat der Vergabekontrollsenat auf Grundlage der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten und der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugestellt wurden, sowie aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung nachfolgende weiteren entscheidungserheblichen Feststellungen getroffen:

Vorweg ist festzustellen, dass die Antragstellerin zunächst auch Punkt 2.4.8 (Seite 9 von 36) der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich des darin festgelegten Restplasmaanteiles von weniger als 10 ml als vergaberechtswidrig angefochten hat. Obwohl die Antragsgegnerin am 1.12.2005 in diesem Punkt – offenbar den Einwendungen der Antragstellerin folgend – den Restplasmaanteil mit weniger als 25 ml festgesetzt hat, hat die Antragstellerin mit ihrem zu VKS – 3929/05 eingebrachten Nachprüfungsantrag zunächst weiterhin auch diese Festlegung bemängelt. In der Folge hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 20.1.2006 erklärt, sich nach der Anhebung des Restplasmaanteiles in diesem Punkte nicht mehr beschwert zu erachten. In diesem Zusammenhang hat sie auch den Antrag auf Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen zurückgenommen. Damit ist die Anfechtung der Festsetzung des Restplasmaanteiles in der Ausschreibung nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens, sodass diesbezügliche Feststellungen entfallen können.

Zu den Anfechtungsanträgen im Übrigen:

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Lieferung von leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentraten (im Folgenden kurz EK). Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Der abzuschließende Liefervertrag sieht eine Aufteilung in Losen vor, die Vertragslaufzeit beginnt mit 1.5.2006 und ist für eine Dauer von drei Jahren, mit einer einmaligen Verlängerungsmöglichkeit um weitere drei Jahre vorgesehen. Die Ausschreibung ist nach einer Vorinformation im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10.11.2005 ebenfalls im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2005/S 216-213178, ordnungsgemäß kundgemacht worden. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien ist am 17.11.2005 (Nr. 16/2005) erfolgt. Das Vergabeverfahren wurde auch gemäß § 37 Abs. 3 BVergG 2002 in Verbindung mit § 1 der Wiener Bekanntmachungsverordnung, LGBl. 2003/36, auch unter der Adresse [www.gemeinderecht.wien.at](http://www.gemeinderecht.wien.at) bekannt gemacht. Die Angebotsfrist endete ursprünglich am 9.12.2005. Sie wurde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zur Zl. VKS – 3793/05 mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 auf 31.1.2006, bis 9.30 Uhr, erstreckt. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Lieferung von leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentraten (im Folgenden kurz EK). Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Der abzuschließende Liefervertrag sieht eine Aufteilung in Losen vor, die Vertragslaufzeit beginnt mit 1.5.2006 und ist für eine Dauer von drei Jahren, mit einer einmaligen Verlängerungsmöglichkeit um weitere drei Jahre vorgesehen. Die Ausschreibung ist nach einer Vorinformation im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10.11.2005 ebenfalls im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2005/S 216-213178, ordnungsgemäß kundgemacht worden. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien ist am 17.11.2005 (Nr. 16 aus 2005,) erfolgt. Das Vergabeverfahren wurde auch gemäß Paragraph 37, Absatz 3, BVergG 2002 in Verbindung mit Paragraph eins, der Wiener Bekanntmachungsverordnung,

LGBl. 2003/36, auch unter der Adresse [www.gemeinderecht.wien.at](http://www.gemeinderecht.wien.at) bekannt gemacht. Die Angebotsfrist endete ursprünglich am 9.12.2005. Sie wurde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zur Zl. VKS – 3793/05 mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 auf 31.1.2006, bis 9.30 Uhr, erstreckt.

Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 erfolgte nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zur Zl. VKS – 3793/05 eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, die gleichfalls sowohl im Amtsblatt der EG als auch im Amtsblatt der Stadt Wien kundgemacht wurde und auch unter der Adresse [www.gemeinderecht.wien.at](http://www.gemeinderecht.wien.at) bekannt gemacht wurde.

Die von der Antragstellerin angefochtenen Festlegungen werden sowohl in der Fassung der ursprünglichen Ausschreibung als auch in der mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 geänderten Fassung im Folgenden wiedergegeben, soweit sie für die beiden gegenständlichen Nachprüfungsverfahren von Bedeutung sind.

In der Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise verlangte die Antragsgegnerin unter anderem Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer, über Unternehmensbeteiligungen, über Kapitalausstattung, Anlagevermögen und Grundbesitz (Seite 35 von 36). Unter den besonderen Vertragsbestimmungen wird unter Punkt 4 „Anforderungs- und Liefermodalitäten“ zunächst festgelegt:

„Von den nachstehenden Regelungen können in begründeten Anlassfällen einvernehmlich abweichende Zeiten vereinbart werden.

#### 4.1. Allgemeine Anforderungs- und Liefermodalitäten

Um die Versorgungssicherheit im Einklang mit dem Auftragnehmer sicherstellen zu können, erklärt sich der Wiener KAV bereit, gravierende absehbare Änderungen der Abnahmemenge an Erythrozytenkonzentraten einer Teilabrufung bekannt zu geben.

Im Sinne der Versorgungssicherheit muss die Belieferung des Wiener KAV von einem zentralen Depot, das sich in Wien oder maximal 20 Kilometer von Wien (ab Stadtgrenze) entfernt befindet, erfolgen.

Die Größe des Mindestvorrates in diesem Depot muss ausreichen, um die Versorgung des entsprechenden Loses bzw. gegebenenfalls der entsprechenden Lose sicher zu stellen.

Die ausgeschriebene Leistung muss an jedem Tag der Woche (auch Sonn- und Feiertags) 24 Stunden abrufbar sein.

#### 4.2. Spezielle Anforderungs- und Liefermodalitäten

##### 1. 1.Ziffer eins

Die folgende Regelung gilt – mit Ausnahme des Allgemeinen Krankenhauses der Stadt Wien – für die Krankenanstalten und Sozialmedizinischen Zentren der Teilunternehmung Krankenanstalten der Stadt Wien:

##### 1. a.Litera a

Standardanforderungen und deren Lieferung:

Sie erfolgen werktags, ausgenommen Samstag, von 7 Uhr 30 bis 20 Uhr. Bei Eingang der Bestellung beim Auftragnehmer bis spätestens 12 Uhr, hat die Lieferung am selben Tag bis 15 Uhr zu erfolgen. Bei Eingang der Bestellung beim Auftragnehmer nach 12 Uhr hat die Belieferung bis spätestens 10 Uhr am folgenden Werktag (ausgenommen Samstag) zu erfolgen.

##### 1. b.Litera b

Erweiterte Standardanforderungen und deren Lieferung:

Eine erweiterte Standardanforderung ermöglicht die Bestellung von umgehend benötigten leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentraten auch außerhalb der Standardanforderungszeiten, wenn die Dringlichkeit einer Notfallsanforderung nicht gegeben ist, die Erythrozytenkonzentrate allerdings absehbar vor der nächsten Standardlieferung benötigt werden. Erweiterte Standardanforderungen können 24 Stunden am Tag erfolgen, die Lieferung der angeforderten leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentrate muss binnen 3 Stunden erfolgen.

##### 1. c.Litera c

Notfallsanforderungen und deren Lieferung:

Notfallsanforderungen (= „Blaulichtanforderung“) und Notfallsbelieferungen können jederzeit stattfinden. Bei

Notfallsanforderungen müssen die angeforderten Erythrozytenkonzentrate umgehend ab Anforderung beim Anforderer einlangen. Als Richtwert sind in etwa 30 Minuten anzusehen. Bei seltenen Blutgruppen- und Antikörperkonstellationen hat aufgrund aufwändiger Suchalgorithmen eine schnellst mögliche Lieferung zu erfolgen. Die Suche beim Auftragnehmer nach kompatiblen Erythrozytenkonzentrationen muss unmittelbar nach Einlangen der Anforderung begonnen werden.

1. 2.Ziffer 2

Die folgende Regelung gilt nur für das Allgemeine Krankenhaus der Stadt Wien:

1. a.Litera a

Standardanforderungen und deren Lieferung:

Standardanforderungen erfolgen jeden Tag spätestens bis 17 Uhr, wobei die Lieferung am Folgetag bis 10 Uhr zu erfolgen hat.

1. b.Litera b

Erweiterte Standardanforderungen und deren Lieferung:

Eine erweiterte Standardanforderung ermöglicht die Bestellung von umgehend benötigten leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentraten auch außerhalb der Standardanforderungszeiten, wenn die Dringlichkeit einer Notfallsanforderung nicht gegeben ist, die Erythrozytenkonzentrate allerdings absehbar vor der nächsten Standardlieferung benötigt werden. Erweiterte Standardanforderungen können 24 Stunden am Tag erfolgen, die Lieferung der angeforderten leukozytendepletierten Erythrozytenkonzentrate muss binnen 3 Stunden erfolgen.

1. c.Litera c

Notfallsanforderungen und deren Lieferung:

Notfallsanforderungen (= „Blaulichtanforderung“) und Notfallsbelieferungen können jederzeit stattfinden. Bei Notfallsanforderungen müssen die angeforderten Erythrozytenkonzentrate umgehend ab Anforderung beim Anforderer einlangen. Als Richtwert sind in etwa 30 Minuten anzusehen. Bei seltenen Blutgruppen- und Antikörperkonstellationen hat aufgrund aufwändiger Suchalgorithmen eine schnellst mögliche Lieferung zu erfolgen. Die Suche beim Auftragnehmer nach kompatiblen Erythrozytenkonzentraten muss unmittelbar nach Einlangen der Anforderung begonnen werden.

1. 3.Ziffer 3

Für alle Krankenanstalten und Sozialmedizinischen Zentren der Teilunternehmung Krankenanstalten der Stadt Wien und das Allgemeine Krankenhaus der Stadt Wien gilt:

Für Patienten mit irregulären erythrozytären Antikörpern ist die Versorgung mit entsprechenden antigenfreien Erythrozytenkonzentraten sicher zu stellen. Der Abruf muss rund um die Uhr möglich sein. Die Lieferung muss im Rahmen einer angemessenen Zeitspanne erfolgen. Die Information über den Antigen-Status der angeforderten Erythrozytenkonzentrate muss auf dem Etikett vermerkt und spätestens ab 1.8.2006 EDV-lesbar (ISBT 128) sein."

Unter den besonderen Angebotsbestimmungen wurde zunächst gefordert:

„Anforderungen an den Bieter: Der Bieter muss die entsprechenden Gewerbeberechtigungen gemäß der Gewerbeordnung besitzen. Darüber hinaus muss er die zur Erbringung der Leistung notwendigen weiteren gesetzlichen Bewilligungen besitzen" (Seite 17 von 36).

Diese Angebotsbestimmungen wurden mit Änderung des Antragsgegners vom 1.12.2005 wie folgt ergänzt:

„Der Bieter muss die für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche technische Leitungsfähigkeit aufweisen. Insbesondere muss der Bieter folgende Kriterien erfüllen und die Erfüllung dieser Kriterien in seinem Angebot nachweisen:

Der Bieter muss (bei der Angebotsöffnung) über ein Lager, das entsprechend den gesetzlichen Vorschriften für die Lagerung von Blutprodukten geeignet ist, verfügen.

Das Lager muss sich in Wien oder maximal 20 Kilometer von Wien (ab Stadtgrenze) entfernt befinden.

Die Größe des geforderten Lagers muss ausreichen um

im Falle des Los 1 mindestens 470 Stück Erythrozytenkonzentrate,

im Falle des Los 2 mindestens 610 Stück Erythrozytenkonzentrate,

im Falle des Los 3 mindestens 540 Stück Erythrozytenkonzentrate,

im Falle des Los 4 mindestens 1540 Stück Erythrozytenkonzentrate,

im Falle des Los 5 mindestens 420 Stück Erythrozytenkonzentrate fassen zu können, wobei sich die geforderte Mindestgröße im Falle, dass ein Bieter für mehrere Lose anbietet, nach der Summe der zweiten größten angebotenen Lose richtet.

Der Bieter muss (bei der Angebotsöffnung) zur Versorgung des Wiener KAV über die entsprechende Logistik verfügen, die zumindest aus drei, für den Transport von Blutprodukten entsprechend den gesetzlichen Vorschriften geeigneten Fahrzeugen besteht.

Darüber hinaus hat der Bieter die auf Seite 36 der Ausschreibungsunterlagen genannten Muster und Bescheinigungen in seinem Angebot beizubringen und nachzuweisen.

Der Bieter muss die für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen. Insbesondere muss der Bieter über eine der Größe des Auftragsvolumens und der Dauer des Auftrages entsprechende Bonität verfügen. Diese Bonität gilt als gegeben, wenn der Bieter eine Bankauskunft entsprechend dem beigelegten Muster in seinem Angebot beibringt."

Das beigelegte Muster einer Bankerklärung hat folgenden Wortlaut:

„[Bank]

Stadt Wien

Magistrat der Stadt Wien

Wiener Krankenanstaltenverbund

Schottenring 24

1010 Wien

[Datum]

Vergabeverfahren Ausschreibungsnummer KAV-AEG/001-05/EK;

Erythrozytenkonzentrate

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachstehende Auskunft geben wir Ihnen aufgrund der von uns derzeit vorliegenden

Informationen:

Betreff:

[Firma]

Stammkapital:

Geschäftsführer:

Gesellschafter:

Wir stehen in umfangreicher debitorischer Geschäftsverbindung. Die Liquidität im laufenden Geschäft ist aus unserer Sicht gegeben. Eingegangene Verpflichtungen werden unseres Wissen pünktlich erfüllt und Zahlungen ordnungsgemäß geleistet.

Für die Erfüllung des im genannten Vergabeverfahrens ausgeschriebenen Auftrages erwarten wir keinen Eintritt eines im Unternehmensreorganisationsgesetz BGBl. I 1997 I 1997/144 idgF genannten Reorganisationsbedarfes oder eines außergerichtlichen Ausgleichs oder eines sonstigen Insolvenzfalles. Nach unserer derzeitigen Einschätzung kann der Auftrag ungefährdet von allfälligen finanziellen Problemen durchgeführt werden. Für die Erfüllung des im genannten Vergabeverfahrens ausgeschriebenen Auftrages erwarten wir keinen Eintritt eines im

Unternehmensreorganisationsgesetz BGBl. römisch eins 1997 römisch eins 1997/144 idgF genannten Reorganisationsbedarfes oder eines außergerichtlichen Ausgleichs oder eines sonstigen Insolvenzfalles. Nach unserer derzeitigen Einschätzung kann der Auftrag ungefährdet von allfälligen finanziellen Problemen durchgeführt werden.

Mit freundlichen Grüßen"

Unter Punkt 2.4.7 war zunächst festgelegt, dass der Liefergegenstand „steril und pyrogenfrei: bei größer als 1 % aller Einheiten kontrolliert" sein soll.

Mit Änderung vom 1.2.2005 wurde die Wortfolge „steril und pyrogenfrei" gestrichen und durch „Sterilität und Pyrogenfreiheit des Blutbeutels vor seiner Befüllung mit Erythrozytenkonzentraten" ersetzt.

Unter Punkt 7 Besondere Vertragsbestimmungen (Seite 28 von 36) war zunächst festgelegt:

1. „7.Ziffer 7

Irreguläre antierythrozytäre Antikörperkonstellationen

Da sich der Auftraggeber der Tatsache bewusst ist, dass es bei irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen zu Engpässen in der Verfügbarkeit kommen kann, hat eine Information durch den Auftragnehmer über die Lieferfähigkeit an den Anforderer in diesen Fällen innerhalb von 6 Stunden zu erfolgen. Es kann auch auf tiefgefrorene Erythrozytenkonzentrate zurückgegriffen werden, welche jedoch in transfusionsbereiter Form zu liefern sind. Grundsätzlich ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Versorgung sicher zu stellen. Hierfür wird dem Auftragnehmer eine weitere Frist von 24 Stunden eingeräumt. Dabei entstehende Mehrkosten bei der Beschaffung von Erythrozytenkonzentraten mit irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen werden pauschal durch das Bezahlen des fünffachen Einheitspreises eines Standarderythrozytenkonzentrates für jedes gelieferte Erythrozytenkonzentrat mit irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen abgegolten."

Diese Festlegungen wurden mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 wie folgt geändert:

1. „7.Ziffer 7

Irreguläre antierythrozytäre Antikörperkonstellationen

Da sich der Auftraggeber der Tatsache bewusst ist, dass es bei Patienten mit irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen zu Engpässen in der Verfügbarkeit mit passenden Erythrozytenkonzentraten kommen kann, hat in diesen Fällen eine Information durch den Auftragnehmer über die Lieferfähigkeit passender Erythrozytenkonzentrate an den Anforderer innerhalb von 6 Stunden zu erfolgen. Grundsätzlich ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Versorgung sicher zu stellen. Hierfür wird dem Auftragnehmer eine weitere Frist von 24 Stunden eingeräumt. Es kann in diesen seltenen Fällen auch auf tiefgefrorene Erythrozytenkonzentrate zurückgegriffen werden, welche jedoch in transfusionsbereiter Form zu liefern sind. Dabei entstehende Mehrkosten bei der Beschaffung von Erythrozytenkonzentraten für Patienten mit irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen werden pauschal durch das Bezahlen des fünffachen Einheitspreises eines Standarderythrozytenkonzentrates für jedes gelieferte entsprechende Erythrozytenkonzentrat abgegolten, wenn das entsprechende Antigen bei mehr als 90 % der Spenderpopulation vorhanden ist. Diese Mehrverfügung gilt auch für die Bereitstellung von Erythrozytenkonzentraten für Patienten mit multiplen Antikörperkonstellationen."

Im Leistungsverzeichnis war unter Punkt 2.2. „der Liefergegenstand muss" zunächst unter anderem festgehalten: „... aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen und

...".

Mit Änderung vom 1.12.2005 wurde dieser Text gestrichen und durch nachstehenden Text ersetzt: „aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen (im Sinne des Art. 20 der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU) und ...". Mit Änderung vom 1.12.2005 wurde dieser Text gestrichen und durch nachstehenden Text ersetzt: „aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen (im Sinne des Artikel 20, der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU) und ...".

Mit der Berichtigung vom 1.12.2005 hat die Antragsgegnerin den auf Seite 23 (Besondere Vertragsbestimmungen) unter 2. „Produkt" enthaltenen Satz „Ziel des Verfahrens ist der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von ca. 280.000 Stück leukozytendepletierter Erythrozytenkonzentraten an die Krankenanstalten der Unternehmung



Wiener Krankenanstaltenverbund für den Zeitraum von 1. Mai 2006 bis 30. April 2009, wobei die Möglichkeit einer einmaligen Vertragsverlängerung um weitere drei Jahre vorgesehen ist" gestrichen und durch den Satz ersetzt:

„Ziel des Verfahrens ist der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von ca. 280.000 Stück leukozytendepletierter Erythrozytenkonzentrate an die Krankenanstalten der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund für den Zeitraum von drei Jahren, wobei die Möglichkeit einer einmaligen Vertragsverlängerung um weitere drei Jahre vorgesehen ist.“

Zur Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise (Seite 35 von 36) hat die Antragsgegnerin in ihrer Berichtigung vom 1.12.2005 ausgeführt, dass zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der dort angeführte Nachweis „entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft)" erforderlich sei. Gleichzeitig wurde erklärt, dass „Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer und Angaben über Unternehmensbeteiligungen, Angaben über Kapitalausstattung, Anlagenvermögen und Grundbesitz" nicht mehr erforderlich sind.

Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 9.12.2005. Der gegen die Ausschreibungsbedingungen gerichtete Nachprüfungsantrag zur Zl. VKS – 3793/05 ist am 25.11.2005 eingelangt. Die Angebotsfrist wurde in der Folge auf 31.1.2006 verlängert. Diese Verlängerung wurde ordnungsgemäß kundgemacht (Amtsblatt der EU 2005/S 233-229846). Der gegen diese Berichtigung gerichtete Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist am 7.12.2005 zur Zl. VKS – 3929/05 eingelangt. Vor Einbringung der beiden Nachprüfungsanträge hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin ordnungsgemäß im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG von der beabsichtigten Antragstellung verständigt. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 9.12.2005. Der gegen die Ausschreibungsbedingungen gerichtete Nachprüfungsantrag zur Zl. VKS – 3793/05 ist am 25.11.2005 eingelangt. Die Angebotsfrist wurde in der Folge auf 31.1.2006 verlängert. Diese Verlängerung wurde ordnungsgemäß kundgemacht (Amtsblatt der EU 2005/S 233-229846). Der gegen diese Berichtigung gerichtete Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist am 7.12.2005 zur Zl. VKS – 3929/05 eingelangt. Vor Einbringung der beiden Nachprüfungsanträge hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin ordnungsgemäß im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG von der beabsichtigten Antragstellung verständigt.

Die Antragstellerin, die bisher die Krankenanstalten der Antragsgegnerin beliefert hat, hat ihr Interesse daran, ein entsprechendes Angebot zu legen und den Auftrag zu erhalten, ausreichend dargestellt. Insbesondere hat sie den ihr drohenden Schaden ausreichend dargestellt. Diesbezüglich kann auch auf die einstweilige Verfügung vom 2.12.2005 verwiesen werden, in der bereits die formalen Voraussetzungen und die Antragslegitimation der Antragstellerin hinlänglich geprüft und für gegeben erachtet wurden. Dieser Bescheid ist beiden Teilen zugegangen.

Die Gebühren nach § 30 WVRG wurden von der Antragstellerin in beiden Verfahren ordnungsgemäß entrichtet. Die Gebühren nach Paragraph 30, WVRG wurden von der Antragstellerin in beiden Verfahren ordnungsgemäß entrichtet.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat aufgrund des unbedenklichen Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens beider Teile. Beide Teile hatten auch ausreichend Gelegenheit im Zuge des Schriftsatzwechsels zum Vorbringen des jeweils anderen Teiles Stellung zu nehmen, bzw. ihren Standpunkt in der mündlichen Verhandlung darzulegen. Unstrittig ist, dass die Antragstellerin geeignet und in der Lage ist, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen.

Die Antragsgegnerin hat zu der Frage der Bekanntmachung nachgewiesen, dass sie dabei auch die Bestimmung des § 37 BVergG 2002 in Verbindung mit § 1 Publikationsmedium – VO eingehalten hat und die Bekanntmachung unter [www.gemeinderecht.wien.at](http://www.gemeinderecht.wien.at), sowohl der Ausschreibung als auch der Berichtigung, erfolgt ist. Die Antragsgegnerin hat zu der Frage der Bekanntmachung nachgewiesen, dass sie dabei auch die Bestimmung des Paragraph 37, BVergG 2002 in Verbindung mit Paragraph eins, Publikationsmedium – VO eingehalten hat und die Bekanntmachung unter [www.gemeinderecht.wien.at](http://www.gemeinderecht.wien.at), sowohl der Ausschreibung als auch der Berichtigung, erfolgt ist.

In der rechtlichen Beurteilung hat der Senat – wobei er der Gliederung der Antragstellerin in ihren Nachprüfungsanträgen folgt – erwogen:

Zu Antragslegitimation der Antragstellerin, der Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates sowie zu den formalen Antragsvoraussetzungen nach § 17 Abs. 1 WVRG wird – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen im Bescheid vom 2.12.2005 (einstweilige Verfügung), der auch beiden Teilen zugegangen ist, verwiesen. Sowohl bei der Ausschreibung in der ursprünglichen Fassung sowie bei der von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 1.12.2005

vorgenommenen Änderung der Ausschreibung handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2, 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Zu Antragslegitimation der Antragstellerin, der Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates sowie zu den formalen Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 17, Absatz eins, WVRG wird – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen im Bescheid vom 2.12.2005 (einstweilige Verfügung), der auch beiden Teilen zugegangen ist, verwiesen. Sowohl bei der Ausschreibung in der ursprünglichen Fassung sowie bei der von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 1.12.2005 vorgenommenen Änderung der Ausschreibung handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, 13, Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Die Antragstellerin bekämpft sowohl die ursprüngliche Ausschreibung (VKS – 3793/05) als auch die von der Antragsgegnerin vorgenommene Berichtigung (VKS – 3929/05) als vergaberechtswidrig mit dem Ziel, sowohl die ursprüngliche Ausschreibung als auch die mit Schreiben vom 1.12.2005 erfolgte Berichtigung bzw. Änderung für nichtig zu erklären. In beiden Fällen macht sie auch Kundmachungsfehler geltend.

Gemäß § 37 Abs. 1 BVergG 2002 hat der Auftraggeber Bekanntmachungen und Mitteilungen unverzüglich und unmittelbar dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften unter Verwendung der Standardformulare für Bekanntmachungen von Aufträgen (Leistungen) grundsätzlich ... zu übermitteln. Nach Abs. 3 leg. cit. haben Landesregierungen durch Verordnung festzulegen, in welchen Publikationsmedien diesem Bundesgesetz unterliegende Auftraggeber Bekanntmachungen nach diesem Unterabschnitt jedenfalls zu veröffentlichen haben. Für den Bereich des Landes Wien ist dazu die Wiener Bekanntmachungsverordnung, LGBl. 2003/36, ergangen, wonach die Kundmachungen in Vergabeverfahren unter der Adresse [www.gemeinderecht.wien.at](http://www.gemeinderecht.wien.at), zu erfolgen haben. Nach den Ergebnissen des Verfahrens steht fest, dass die Antragsgegnerin sowohl ihrer Bekanntmachungsverpflichtung nach § 37 Abs. 1 BVergG 2002 als auch den Bestimmungen der Wiener Bekanntmachungsverordnung, LGBl. 2003/36, entsprochen hat. Die von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang angezogene Bestimmung des § 44 Abs. 2 BVergG 2002 trifft nur den Unterschwellenbereich. Unstrittig handelt es sich gegenständlich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Gemäß Paragraph 37, Absatz eins, BVergG 2002 hat der Auftraggeber Bekanntmachungen und Mitteilungen unverzüglich und unmittelbar dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften unter Verwendung der Standardformulare für Bekanntmachungen von Aufträgen (Leistungen) grundsätzlich ... zu übermitteln. Nach Absatz 3, leg. cit. haben Landesregierungen durch Verordnung festzulegen, in welchen Publikationsmedien diesem Bundesgesetz unterliegende Auftraggeber Bekanntmachungen nach diesem Unterabschnitt jedenfalls zu veröffentlichen haben. Für den Bereich des Landes Wien ist dazu die Wiener Bekanntmachungsverordnung, LGBl. 2003/36, ergangen, wonach die Kundmachungen in Vergabeverfahren unter der Adresse [www.gemeinderecht.wien.at](http://www.gemeinderecht.wien.at), zu erfolgen haben. Nach den Ergebnissen des Verfahrens steht fest, dass die Antragsgegnerin sowohl ihrer Bekanntmachungsverpflichtung nach Paragraph 37, Absatz eins, BVergG 2002 als auch den Bestimmungen der Wiener Bekanntmachungsverordnung, LGBl. 2003/36, entsprochen hat. Die von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang angezogene Bestimmung des Paragraph 44, Absatz 2, BVergG 2002 trifft nur den Unterschwellenbereich. Unstrittig handelt es sich gegenständlich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich.

Ausschreibende Stelle und Auftraggeber ist der Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund. § 72 a der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (Wiener Stadtverfassung – WStV in der Fassung LGBl. Nr. 22/2003) bestimmt, dass dem Wiener Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auftraggeber im Sinne des § 20 Z 4 BVergG 2002 ist somit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des § 20 Z 36 BVergG 2002 zu qualifizieren. § 1 Abs. 1 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes – WVRG regelt die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch den öffentlichen Auftraggeber (§ 7 BVergG 2002) als Land oder Gemeinde. Nach § 2 Abs. 1 WVRG unterliegt die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergG 2002 durch das Land oder die Gemeinde Wien der Nachprüfung durch den Wiener Vergabekontrollsenat. Ausschreibende Stelle und Auftraggeber ist der Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund. Paragraph 72, a der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (Wiener Stadtverfassung – WStV in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 22 aus 2003,) bestimmt, dass dem Wiener

Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG 2002 ist somit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG 2002 zu qualifizieren. Paragraph eins, Absatz eins, des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes – WVRG regelt die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch den öffentlichen Auftraggeber (Paragraph 7, BVergG 2002) als Land oder Gemeinde. Nach Paragraph 2, Absatz eins, WVRG unterliegt die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergG 2002 durch das Land oder die Gemeinde Wien der Nachprüfung durch den Wiener Vergabekontrollsenat.

Sowohl der am 25.11.2005 als auch der am 7.12.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigkeitsklärung, der sich gegen die Ausschreibung bzw. die Berichtigung der Ausschreibung der Antragsgegnerin richtet, ist rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. a WVRG. Sowohl der am 25.11.2005 als auch der am 7.12.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigkeitsklärung, der sich gegen die Ausschreibung bzw. die Berichtigung der Ausschreibung der Antragsgegnerin richtet, ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, WVRG.

Zu der von der Antragstellerin behaupteten mangelnden Festlegung von Mindestanforderungen an die Eignung:

Bei Beurteilung dieser Frage ist vom Grundsatz des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 auszugehen, wonach Aufträge über Leistungen nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen vergeben werden dürfen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass es im Ermessen des Auftraggebers liegt, ob er Mindestanforderungen festlegt oder nicht. Dem BVergG 2002 sind auch keine ausdrücklichen Bestimmungen zu entnehmen, welchen Standard an Mindestanforderungen der Auftraggeber in der Ausschreibung vorsehen muss. § 52 Abs. 1 BVergG 2002 ermöglicht es dem Auftraggeber von Unternehmen, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, entsprechende Nachweise zu verlangen, wobei er sich dabei an die Vorschriften der §§ 53 bis 57 BVergG 2002 zu halten hat. Es liegt also im Ermessen des Auftraggebers, ob und welche Nachweise er verlangt, soweit dieses Verlangen durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Der Auftraggeber darf daher zu einer Nachweise, die in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen, nicht verlangen. Die geforderten Nachweise müssen zum Anderen in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen, wobei die berechtigten Interessen des Unternehmers zum Schutz seiner technischen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen sind. Jedenfalls dürfen keine Mittel zum Nachweis der Rechts- und Leistungsfähigkeit vorgeschrieben werden, die nicht gemeinschaftsrechtlich vorgegeben sind (vgl. Schwartz, Bundesvergabegesetz RZ 6 zu § 52). Bei Beurteilung dieser Frage ist vom Grundsatz des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 auszugehen, wonach Aufträge über Leistungen nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen vergeben werden dürfen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass es im Ermessen des Auftraggebers liegt, ob er Mindestanforderungen festlegt oder nicht. Dem BVergG 2002 sind auch keine ausdrücklichen Bestimmungen zu entnehmen, welchen Standard an Mindestanforderungen der Auftraggeber in der Ausschreibung vorsehen muss. Paragraph 52, Absatz eins, BVergG 2002 ermöglicht es dem Auftraggeber von Unternehmen, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, entsprechende Nachweise zu verlangen, wobei er sich dabei an die Vorschriften der Paragraphen 53 bis 57 BVergG 2002 zu halten hat. Es liegt also im Ermessen des Auftraggebers, ob und welche Nachweise er verlangt, soweit dieses Verlangen durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Der Auftraggeber darf daher zu einer Nachweise, die in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen, nicht verlangen. Die geforderten Nachweise müssen zum Anderen in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen, wobei die berechtigten Interessen des Unternehmers zum Schutz seiner technischen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen sind. Jedenfalls dürfen keine Mittel zum Nachweis der Rechts- und Leistungsfähigkeit vorgeschrieben werden, die nicht gemeinschaftsrechtlich vorgegeben sind (vergleiche Schwartz, Bundesvergabegesetz RZ 6 zu Paragraph 52,).

Mit ihrer Berichtigung vom 1.12.2005 hat die Antragsgegnerin weitere Mindestanforderungen festgelegt, die an der Zielsetzung des Auftrages orientiert und sachlich durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Dass die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auch Referenzen hätte verlangen müssen, kann den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nicht entnommen werden. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass sie in ihrer Berichtigung ausdrücklich festgelegt hat, dass der Bieter für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen über eine entsprechende Logistik verfügen muss, die zumindest aus drei, für den Transport von Blutprodukten entsprechend den gesetzlichen Vorschriften geeigneten Fahrzeugen besteht. Sollte die Antragsgegnerin Zweifel daran haben, ob ein Bieter diesen Voraussetzungen entspricht, wäre sie verpflichtet, gemäß § 53 Abs. 3 BVergG 2002 eine entsprechende Überprüfung vorzunehmen und weitere Nachweise zu verlangen. Die

Festlegungen der Mindestanforderungen (in der Berichtigung vom 1.1.122005) sind nach Ansicht des Vergabekontrollsenates durchaus geeignet, eine den Grundsätzen des § 21 BVergG 2002 entsprechende Zuschlagsentscheidung zu treffen. Mit ihrer Berichtigung vom 1.12.2005 hat die Antragsgegnerin weitere Mindestanforderungen festgelegt, die an der Zielsetzung des Auftrages orientiert und sachlich durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Dass die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auch Referenzen hätte verlangen müssen, kann den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nicht entnommen werden. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass sie in ihrer Berichtigung ausdrücklich festgelegt hat, dass der Bieter für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen über eine entsprechende Logistik verfügen muss, die zumindest aus drei, für den Transport von Blutprodukten entsprechend den gesetzlichen Vorschriften geeigneten Fahrzeugen besteht. Sollte die Antragsgegnerin Zweifel daran haben, ob ein Bieter diesen Voraussetzungen entspricht, wäre sie verpflichtet, gemäß Paragraph 53, Absatz 3, BVergG 2002 eine entsprechende Überprüfung vorzunehmen und weitere Nachweise zu verlangen. Die Festlegungen der Mindestanforderungen (in der Berichtigung vom 1.1.122005) sind nach Ansicht des Vergabekontrollsenates durchaus geeignet, eine den Grundsätzen des Paragraph 21, BVergG 2002 entsprechende Zuschlagsentscheidung zu treffen.

Auch zum Einwand der Antragstellerin, die von der Antragsgegnerin verlangte „entsprechende Bonität“ stelle eine ungeeignete Festlegung dar, weil sie es im Ergebnis dem Bieter überlasse, was eine „entsprechende Bonität“ sein solle, ist auf die Berichtigung vom 1.12.2005 zu verweisen. Danach verlangt die Antragsgegnerin den Nachweis der Bonität durch eine Bankauskunft „entsprechend dem beigelegten Muster“, das auch der Berichtigung angeschlossen war. Mit der Bankerklärung wird bestätigt, dass der Bieter durchaus in der Lage ist, den ausgeschriebenen „Auftrag ungefährdet von allfälligen finanziellen Problemen“ durchzuführen. Dieser Bonitätsnachweis ist damit ausreichend bestimmt und geeignet, die Durchführung des Auftrages zu gewährleisten.

Ob ein Bieter über die „entsprechende Logistik“ verfügt, wird vom Auftraggeber vor Zuschlagsentscheidung entsprechend zu überprüfen sein. Dass die Antragsgegnerin bereits in der Ausschreibung festlegt, wie viele Dienstnehmer dem Bieter zur Verfügung stehen müssen und welche Qualifikationen sie aufweisen müssen, ist dazu nicht erforderlich. Ebenso war es nicht erforderlich, die Anzahl der Fahrzeuge und deren Ausstattung bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren, weil auch dies im Rahmen der Prüfung der Angebote zu erfolgen hat (vgl. § 52 Abs. 3 BVergG 2002). Es kann daher davon keine Rede sein, dass in der Ausschreibung (insbesondere in der Fassung des Schreibens vom 1.12.2005) nicht ausreichende und sachgerechte Anforderungen an die Eignung der Bieter enthalten wären. Dass die Antragstellerin aufgrund ihrer Organisationsstruktur und Größe bei der Kalkulation genötigt ist, diese Umstände gegebenenfalls zu berücksichtigen, rechtfertigt nicht die Annahme, dass sie gegenüber anderen, „kleineren“ Bietern diskriminiert wäre. Wollte man dem Standpunkt der Antragstellerin folgen, so würde dies im Ergebnis eine Behinderung des freien Wettbewerbes und einer Diskriminierung anderer Mitbewerber nahe kommen. Ob ein Bieter über die „entsprechende Logistik“ verfügt, wird vom Auftraggeber vor Zuschlagsentscheidung entsprechend zu überprüfen sein. Dass die Antragsgegnerin bereits in der Ausschreibung festlegt, wie viele Dienstnehmer dem Bieter zur Verfügung stehen müssen und welche Qualifikationen sie aufweisen müssen, ist dazu nicht erforderlich. Ebenso war es nicht erforderlich, die Anzahl der Fahrzeuge und deren Ausstattung bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren, weil auch dies im Rahmen der Prüfung der Angebote zu erfolgen hat (vergleiche Paragraph 52, Absatz 3, BVergG 2002). Es kann daher davon keine Rede sein, dass in der Ausschreibung (insbesondere in der Fassung des Schreibens vom 1.12.2005) nicht ausreichende und sachgerechte Anforderungen an die Eignung der Bieter enthalten wären. Dass die Antragstellerin aufgrund ihrer Organisationsstruktur und Größe bei der Kalkulation genötigt ist, diese Umstände gegebenenfalls zu berücksichtigen, rechtfertigt nicht die Annahme, dass sie gegenüber anderen, „kleineren“ Bietern diskriminiert wäre. Wollte man dem Standpunkt der Antragstellerin folgen, so würde dies im Ergebnis eine Behinderung des freien Wettbewerbes und einer Diskriminierung anderer Mitbewerber nahe kommen.

In ihrem zur Zl. VKS – 3793/05 eingebrachten Antrag auf Nichtigerklärung macht die Antragstellerin geltend, das Erfordernis der Sterilität und Pyrogenfreiheit der EK gemäß Punkt 2.4.7 der Ausschreibungsunterlagen sei nicht sachgerecht. Die Anforderung sei unerfüllbar.

Diesen Bedenken hat die Antragsgegnerin mit der Berichtigung vom 1.12.2005 Rechnung getragen und eine entsprechende Klarstellung vorgenommen. Damit wurde die bekämpfte Wortfolge „steril und pyrogenfrei“ gestrichen und durch „Sterilität und Pyrogenfreiheit des Blutbeutels vor seiner Befüllung mit Erythrozytenkonzentrat“ ersetzt. In

ihrem zur Zl. VKS – 3929/05 gegen die Berichtigung gerichteten Nachprüfungsantrag wird diese Bestimmung nicht mehr weiter bekämpft.

Ebenso wird im gegen die Berichtigung gerichteten Nachprüfungsantrag von der Antragstellerin die zunächst gerügte Festlegung zur Beschaffung von EK mit irregulären antierythrozytären Antikörperkonstellationen offenbar im Hinblick auf die Änderung der Ausschreibungsunterlagen mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.12.2005 nicht mehr weiter verfolgt. Der Vergabekontrollsenat erachtet daher eine weitere Behandlung dieses Problems für nicht erforderlich.

Sowohl im Verfahren zur Zl. VKS – 3793/05 als auch im Verfahren zur Zl. VKS – 3929/05 hält die Antragstellerin ihr Vorbringen, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden gemäß § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz in Österreich nicht verwendet werden dürfen und die Ausschreibung einschließlich ihrer Berichtigung deswegen rechtswidrig sei, aufrecht. Den Argumenten der Antragstellerin vermag der Vergabekontrollsenat nicht zu folgen. Zur Anfechtung der Ausschreibung bzw. der dazu ergangenen Berichtigung, soweit im Punkt 2.2 zum Liefergegenstand ausgeführt wird, dass dieser „aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammt (im Sinne des Art. 20 der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU) ...“, muss, die trotz der vorgenommenen Änderung weiterhin von der Antragstellerin als vergaberechtswidrig angefochten wird, hat der Vergabekontrollsenat erwogen: Sowohl im Verfahren zur Zl. VKS – 3793/05 als auch im Verfahren zur Zl. VKS – 3929/05 hält die Antragstellerin ihr Vorbringen, dass EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden gemäß Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz in Österreich nicht verwendet werden dürfen und die Ausschreibung einschließlich ihrer Berichtigung deswegen rechtswidrig sei, aufrecht. Den Argumenten der Antragstellerin vermag der Vergabekontrollsenat nicht zu folgen. Zur Anfechtung der Ausschreibung bzw. der dazu ergangenen Berichtigung, soweit im Punkt 2.2 zum Liefergegenstand ausgeführt wird, dass dieser „aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammt (im Sinne des Artikel 20, der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU) ...“, muss, die trotz der vorgenommenen Änderung weiterhin von der Antragstellerin als vergaberechtswidrig angefochten wird, hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Die Antragstellerin vertritt unter Hinweis auf § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz den Standpunkt, dass das zur Gewinnung der EK verwendete Blut zur Gänze aus „unbezahlt gewonnenen Spenden stammen“ muss. Für die Antragstellerin seien bei der gegenständlich in Österreich durchgeführten Ausschreibung ausschließlich die österreichischen Rechtsnormen und damit insbesondere das Blutsicherheitsgesetz maßgebend. In der zitierten Gesetzesbestimmung sei eindeutig festgelegt, dass ein Aufwandsersatz nur dann zulässig sei, wenn der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfes in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Blutspende aufgefordert wird. In dem Bericht des Gesundheitsausschusses zu dieser im Rahmen einer Novelle eingeführten Bestimmung werde ausdrücklich darauf hingewiesen, „dass im Bereich der Vollblutspende die Spende gänzlich unbezahlt zu erfolgen hat, dh, dass in diesem Bereich auch keine Aufwandsentschädigung bezahlt werden darf“. Damit habe der Gesetzgeber auch dem Erwägungsgrund 23 der RL 2002/98/EG Rechnung getragen (vgl. insbesondere Schriftsatz der Antragstellerin vom 19.1.2006). Die Antragstellerin vertritt unter Hinweis auf Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz den Standpunkt, dass das zur Gewinnung der EK verwendete Blut zur Gänze aus „unbezahlt gewonnenen Spenden stammen“ muss. Für die Antragstellerin seien bei der gegenständlich in Österreich durchgeführten Ausschreibung ausschließlich die österreichischen Rechtsnormen und damit insbesondere das Blutsicherheitsgesetz maßgebend. In der zitierten Gesetzesbestimmung sei eindeutig festgelegt, dass ein Aufwandsersatz nur dann zulässig sei, wenn der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfes in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Blutspende aufgefordert wird. In dem Bericht des Gesundheitsausschusses zu dieser im Rahmen einer Novelle eingeführten Bestimmung werde ausdrücklich darauf hingewiesen, „dass im Bereich der Vollblutspende die Spende gänzlich unbezahlt zu erfolgen hat, dh, dass in diesem Bereich auch keine Aufwandsentschädigung bezahlt werden darf“. Damit habe der Gesetzgeber auch dem Erwägungsgrund 23 der RL 2002/98/EG Rechnung getragen vergleiche insbesondere Schriftsatz der Antragstellerin vom 19.1.2006).

Demgegenüber vertritt die Antragsgegnerin die Ansicht, dass die Bestimmungen des § 8 Abs. 4 Blutsicherheitsgesetz nur für die Frage der Aufbringung der Blutspenden, nicht aber für die Frage der Verwendung der daraus gewonnenen Produkte maßgeblich sei. Demgegenüber vertritt die Antragsgegnerin die Ansicht, dass die Bestimmungen des Paragraph 8, Absatz 4, Blutsicherheitsgesetz nur für die Frage der Aufbringung der Blutspenden, nicht aber für die Frage der Verwendung der daraus gewonnenen Produkte maßgeblich sei.

Das Bundesgesetz über die Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen in Blutspendeeinrichtungen,

Blutsicherheitsgesetz 1999 – BSG 1999, regelt die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen sowie die damit zusammenhängenden Sicherheitsmaßnahmen, um Spendern und Patienten den bestmöglichen Schutz zu bieten. Mit Novelle BGBl. I Nr. 168/2004 wurden die Bestimmungen des Blutsicherheitsgesetzes den Vorgaben der Richtlinie 2002/98/EG vom 27.1.2003 angepasst. In dieser Richtlinie wird ebenso wie im Blutsicherheitsgesetz lediglich die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut sowie dessen Verarbeitung, Lagerung und Verteilung, nicht aber die Verwendung von aus menschlichem Blut gewonnenen Arzneimitteln, geregelt. Zielrichtung ist es der Bevölkerung die Sicherheit zu geben, dass für menschliches Blut und Blutbestandteile von Spendern in andere Mitgliedstaaten die geltenden Anforderungen erfüllt werden, wie für diejenigen aus ihrem eigenen Land. Mit der Novelle zum Blutspendengesetz BGBl. I Nr. 63/2005 hat dessen § 8 Abs. 4 folgende Formulierung erhalten: Das Bundesgesetz über die Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen in Blutspendeeinrichtungen, Blutsicherheitsgesetz 1999 – BSG 1999, regelt die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen sowie die damit zusammenhängenden Sicherheitsmaßnahmen, um Spendern und Patienten den bestmöglichen Schutz zu bieten. Mit Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 168 aus 2004, wurden die Bestimmungen des Blutsicherheitsgesetzes den Vorgaben der Richtlinie 2002/98/EG vom 27.1.2003 angepasst. In dieser Richtlinie wird ebenso wie im Blutsicherheitsgesetz lediglich die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut sowie dessen Verarbeitung, Lagerung und Verteilung, nicht aber die Verwendung von aus menschlichem Blut gewonnenen Arzneimitteln, geregelt. Zielrichtung ist es der Bevölkerung die Sicherheit zu geben, dass für menschliches Blut und Blutbestandteile von Spendern in andere Mitgliedstaaten die geltenden Anforderungen erfüllt werden, wie für diejenigen aus ihrem eigenen Land. Mit der Novelle zum Blutspendengesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 63 aus 2005, hat dessen Paragraph 8, Absatz 4, folgende Formulierung erhalten:

„Es ist untersagt, Spendern von Blut oder Blutbestandteilen oder dritten Personen für eine Spende einen Gewinn zukommen zu lassen oder zu versprechen. Erfolgt die Blutspende (Vollblut) für Produkte zur direkten Transfusion, so hat die Spende gänzlich unbezahlt zu erfolgen. Ein Aufwandsersatz ist in diesen Fällen nur dann zulässig, wenn der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfes in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wurde“.

Das Blutsicherheitsgesetz enthält keinerlei Bestimmungen über die Verwendung von aus Spenden gewonnenem Blut oder Blutprodukten. Es ergibt sich sohin eindeutig, dass sowohl dieses Gesetz als auch dessen § 8 Abs. 4 nur die Aufbringung und die damit verbundenen Modalitäten von Blutspenden für Produkte zur direkten Transfusion regelt, nicht aber die Verwendung. Das Blutsicherheitsgesetz enthält keinerlei Bestimmungen über die Verwendung von aus Spenden gewonnenem Blut oder Blutprodukten. Es ergibt sich sohin eindeutig, dass sowohl dieses Gesetz als auch dessen Paragraph 8, Absatz 4, nur die Aufbringung und die damit verbundenen Modalitäten von Blutspenden für Produkte zur direkten Transfusion regelt, nicht aber die Verwendung.

Die Verwendung von Blut oder von aus Blut gewonnenen EK für eine direkte Transfusion ist vielmehr im Arzneimittelgesetz umfassend geregelt. EK sind Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs. 1 Arzneimittelgesetz. Das Arzneimittelgesetz enthält jedoch kein Verbot der Verwendung von EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden für eine direkte Transfusion. Nach der derzeit geltenden Gesetzeslage ist es also der Antragsgegnerin nicht verwehrt, selbst aus bezahlten Spenden gewonnene EK entsprechend den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes zu verwenden. Auch nach den Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 ist die Einfuhr von EK, die aus bezahlten Spenden gewonnen wurden, nicht verboten. Die Verwendung von Blut oder von aus Blut gewonnenen EK für eine direkte Transfusion ist vielmehr im Arzneimittelgesetz umfassend geregelt. EK sind Arzneimittel im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Arzneimittelgesetz. Das Arzneimittelgesetz enthält jedoch kein Verbot der Verwendung von EK aus aufwandsentschädigten Blutspenden für eine direkte Transfusion. Nach der derzeit geltenden Gesetzeslage ist es also der Antragsgegnerin nicht verwehrt, selbst aus bezahlten Spenden gewonnene EK entsprechend den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes zu verwenden. Auch nach den Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 ist die Einfuhr von EK, die aus bezahlten Spenden gewonnen wurden, nicht verboten.

Dies hat der Gesetzgeber offenbar erkannt, wie sich aus dem Initiativantrag vom 7.12.2005 betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einfuhr von Arzneiwaren (Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002) und das Apothekengesetz geändert werden soll. Darin wird beantragt, das Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002, BGBl. I Nr. 28/2002, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 35/2004, dahingehend zu ändern, dass dem § 7, nach dessen Abs.

1 ein weiterer Abs. 1 a eingefügt wird, der wie folgt lautet: Dies hat der Gesetzgeber offenbar erkannt, wie sich aus dem Initiativantrag vom 7.12.2005 betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einfuhr von Arzneiwaren (Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002) und das Apothekengesetz geändert werden soll. Darin wird beantragt, das Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 28 aus 2002,, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 35 aus 2004,, dahingehend zu ändern, dass dem Paragraph 7,, nach dessen Absatz eins, ein weiterer Absatz eins, a eingefügt wird, der wie folgt lautet:

„Bei der Einfuhr von Blutprodukten zur direkten Transfusion, ist die Verkehrsfähigkeit jedenfalls nicht gegeben, wenn die Blutspende, abgesehen von Fällen, in denen der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfs in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wurde, nicht gänzlich unbezahlt erfolgt ist. Dies gilt nicht, wenn die Einfuhr zur Sicherung und Versorgung mit äußerst seltenen Blutgruppen erforderlich ist.“

In § 7 Abs. 3 soll eine weitere Z 2 a eingefügt werden, die wie folgt lautet: Paragraph 7, Absatz 3, soll eine weitere Ziffer 2, a eingefügt werden, die wie folgt lautet:

„2 a. dass Blutprodukten zur direkten Transfusion die Spende gänzlich unbezahlt erfolgt ist, oder in Fällen, in denen der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfs in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wurde, nur ein Aufwandsersatz geleistet wurde, und“.

In der Begründung zu dieser Gesetzesinitiative wird ausgeführt, dass die vorgeschlagene Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 durch die mit BGBl. I Nr. 63/2005 erfolgte Novellierung des Blutsicherheitsgesetzes notwendig geworden sei. Die Einfuhr von Blutprodukten zur direkten Transfusion soll in Zukunft auch nicht möglich sein, wenn die Blutspende, abgesehen von Fällen in denen der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfes in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wurde, nicht gänzlich unbezahlt erfolgt. Durch die Novelle soll die ungleiche Situation der in Österreich gewonnenen Produkte beseitigt und dadurch eine Verbesserung der Wettbewerbschancen erreicht werden, ohne aber das hohe Schutzniveau für die Blutprodukte abzusenken (Beilagen 751/AXXII.GP). In der Begründung zu dieser Gesetzesinitiative wird ausgeführt, dass die vorgeschlagene Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 durch die mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 63 aus 2005, erfolgte Novellierung des Blutsicherheitsgesetzes notwendig geworden sei. Die Einfuhr von Blutprodukten zur direkten Transfusion soll in Zukunft auch nicht möglich sein, wenn die Blutspende, abgesehen von Fällen in denen der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfes in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wurde, nicht gänzlich unbezahlt erfolgt. Durch die Novelle soll die ungleiche Situation der in Österreich gewonnenen Produkte beseitigt und dadurch eine Verbesserung der Wettbewerbschancen erreicht werden, ohne aber das hohe Schutzniveau für die Blutprodukte abzusenken (Beilagen 751/AXXII.GP).

Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates hat die Antragsgegnerin durch die Neufassung des Punktes 2.2 „Liefergegenstand“ hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass der Liefergegenstand aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen muss, wobei sie sich zutreffend auf Art. 20 der EU-Richtlinie 2002/98/EG und die darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU berufen hat. Bei Beurteilung der Angebote vor Zuschlagsentscheidung wird daher die Antragsgegnerin auch zu prüfen haben, ob die angebotenen Produkte dieser Vorgabe entsprechen oder nicht. Selbst wenn in anderen Mitgliedstaaten die Produktion von EK aus bezahlten Spenden zulässig sein mag, entspricht dies gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Im Sinne des Grundsatzes der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG-Vertrag könnte eine Einfuhr mangels derzeit geltender innerstaatlicher Verbotsregelung nicht verhindert werden. Eine derartige Verhinderung würde vielmehr gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben widersprechen. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2002/98/EG gestattet den Mitgliedstaaten nur dann die Einführung strengerer Schutzmaßnahmen, wenn diese Maßnahmen „im Einklang mit den Bestimmungen des Vertrages“ stehen. Ob die mit dem erwähnten Initiativantrag beabsichtigte Novelle zum Arzneimittelneinfuhrgesetz EU-rechtskonform ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates hat die Antragsgegnerin durch die Neufassung des Punktes 2.2 „Liefergegenstand“ hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass der Liefergegenstand aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen muss, wobei sie sich zutreffend auf Artikel 20, der EU-Richtlinie 2002/98/EG und die darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU berufen hat. Bei Beurteilung der Angebote vor Zuschlagsentscheidung wird daher die Antragsgegnerin auch zu prüfen haben, ob die angebotenen Produkte dieser Vorgabe entsprechen oder nicht. Selbst

wenn in anderen Mitgliedstaaten die Produktion von EK aus bezahlten Spenden zulässig sein mag, entspricht dies gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Im Sinne des Grundsatzes der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit nach Artikel 28, EG-Vertrag könnte eine Einfuhr mangels derzeit geltender innerstaatlicher Verbotsregelung nicht verhindert werden. Eine derartige Verhinderung würde vielmehr gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben widersprechen. Artikel 4, Absatz 2, der Richtlinie 2002/98/EG gestattet den Mitgliedstaaten nur dann die Einführung strengerer Schutzmaßnahmen, wenn diese Maßnahmen „im Einklang mit den Bestimmungen des Vertrages“ stehen. Ob die mit dem erwähnten Initiativantrag beabsichtigte Novelle zum Arzneimittelleinfuhrgesetz EU-rechtskonform ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

Zusammenfassend vertritt der Vergabekontrollsenat daher die Ansicht, dass durch die Ausschreibungsbestimmung im Leistungsverzeichnis, wonach der Liefergegenstand aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen (im Sinne des Art. 20 der EU-Richtlinie 2002/98/EG und den darauf basierenden nationalen Gesetzen der Mitgliedstaaten der EU) muss, weder gegen innerstaatliche Vorschriften noch gegen vergaberechtliche Grundsätze verstoßen wird und die Festlegungen in ihren Auswirkungen nicht diskriminierend ist. Die Bestimmungen des Blutsicherheitsgesetzes regeln in ihrer Zielrichtung nur Art und Weise der Aufbringung von Blutspenden, geben jedoch keine Grundlage dafür ab, dass gegen Aufwand gewonnenes Blut und daraus erzeugte Blutprodukte nicht verwendet werden dürften. Auch das Arzneimittelgesetz sieht ein derartiges Verwendungsverbot nicht vor, eine Regelung im Arzneimittelleinfuhrgesetz, das die Einfuhr von aus aufwandsentschädigten Blutspenden gewonnenen Produkten untersagen würde, besteht derzeit nicht. Zusammenfassend vertritt der Vergabekontrollsenat daher die Ansicht, dass durch die Ausschreibungsbestimmung im Leistungsverzeichnis, wonach der Liefergegenstand aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen (im Sinne des Artikel 20, der EU-Richtlinie 2002/98/EG und den darauf basierenden nationalen Gesetzen der Mitgliedstaaten der EU) muss, weder gegen innerstaatliche Vorschriften noch gegen vergaberechtliche Grundsätze verstoßen wird und die Festlegungen in ihren Auswirkungen nicht diskriminierend ist. Die Bestimmungen des Blutsicherheitsgesetzes regeln in ihrer Zielrichtung nur Art und Weise der Aufbringung von Blutspenden, geben jedoch keine Grundlage dafür ab, dass gegen Aufwand gewonnenes Blut und daraus erzeugte Blutprodukte nicht verwendet werden dürften. Auch das Arzneimittelgesetz sieht ein derartiges Verwendungsverbot nicht vor, eine Regelung im Arzneimittelleinfuhrgesetz, das die Einfuhr von aus aufwandsentschädigten Blutspenden gewonnenen Produkten untersagen würde, besteht derzeit nicht.

Im Verfahren zur Zl. VKS – 3929/05 hat die Antragstellerin unter anderem auch vorgebracht, die Berichtigung auf Seite 8 der Ausschreibung nach der ein Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von ca. 280.000 Stück leukozytendepletierter Erythrozytenkonzentraten des Vergabeverfahrens vorgesehen sei, wäre widersprüchlich. Nach der eindeutigen Festlegung der Bekanntmachung und der Ausschreibung sei die Vergabe in Losen vorgesehen. Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle, müsse ein Vertrag, allenfalls auch ein Rahmenvertrag, mit dem jeweils für ein Los ermittelten Bieter geschlossen werden. Sollte die Antragsgegnerin hingegen bloß eine Rahmenvereinbarung im Sinne des § 20 Z 27 BVergG 2002 mit mehreren Unternehmen schließen wollen, so wäre dies unzulässig. Im Verfahren zur Zl. VKS – 3929/05 hat die Antragstellerin unter anderem auch vorgebracht, die Berichtigung auf Seite 8 der Ausschreibung nach der ein Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von ca. 280.000 Stück leukozytendepletierter Erythrozytenkonzentraten des Vergabeverfahrens vorgesehen sei, wäre widersprüchlich. Nach der eindeutigen Festlegung der Bekanntmachung und der Ausschreibung sei die Vergabe in Losen vorgesehen. Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle, müsse ein Vertrag, allenfalls auch ein Rahmenvertrag, mit dem jeweils für ein Los ermittelten Bieter geschlossen werden. Sollte die Antragsgegnerin hingegen bloß eine Rahmenvereinbarung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 27, BVergG 2002 mit mehreren Unternehmen schließen wollen, so wäre dies unzulässig.

Diesen Argumenten der Antragstellerin kann nicht gefolgt werden.

Zunächst ist diese darauf hinzuweisen, dass die nunmehr von ihr bemängelte Textierung bereits in der ursprünglichen Fassung der Ausschreibungsbedingungen enthalten war. Die Änderung, die die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 1.12.2005 vorgenommen hat, hat lediglich die Festlegung des Zeitraumes, in dem die Worte „den Zeitraum von 1. Mai 2006 bis 30. April 2009“ durch die Worte „den Zeitraum von drei Jahren“, ersetzt wurden, betroffen. Im Zusammenhang mit den Ausschreibungsbestimmungen, aber auch den Ausführungen in der Bekanntmachung ist für jeden verständigen Bieter erkennbar, dass, zumal die Aufteilung des Auftrages in Lose vorgesehen ist, die abzuschließenden Rahmenverträge auch die jeweils detailliert angeführten Lose betreffen. In diesem Sinne kann die



Bestimmung der Ausschreibung nur so verstanden werden, dass gegebenenfalls für jeweils ein oder mehrere Lose je ein Vertrag abgeschlossen werden soll. Einen Widerspruch oder eine Unklarheit in den Ausschreibungsbestimmungen vermag der Vergabekontrollsenat diesbezüglich daher nicht zu erkennen.

Da die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen, waren ihre beiden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Anträge abzuweisen. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war auch die einstweilige Verfügung gemäß § 23 Abs. 5 WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen, waren ihre beiden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Anträge abzuweisen. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war auch die einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Der Kostenausspruch gründet sich auf die Bestimmung des § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 4 WVRG. Der Kostenausspruch gründet sich auf die Bestimmung des Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 4, WVRG.

#### **Schlagworte**

Anfechtung der Ausschreibung; Blutsicherheitsgesetz; EU-rechtliche Vorgaben.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20060120\_3793\_05\_und\_3929\_05\_00

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)